Der Ungehorsam

im schweizerischen Militärstrafrecht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der

Würde eines Doctor iuris utriusque

der

Hohen iuristischen Fakultät

der

Universität Bern

vorgelegt von

Robert Schoch, Lic. iur.

von Burgdorf

Bern / Buchdruckerei Büchler & Co. / 1943

Der Ungehorsam

im schweizerischen Militärstrafrecht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der

Würde eines Doctor iuris utriusque

der

Hohen iuristischen Fakultät

der

Universität Bern

vorgelegt von

Robert Schoch, Lic. iur.

von Burgdorf

Bern / Buchdruckerei Büchler & Co. / 1943

Die Fakultät hat diese Arbeit am 24. Juni 1943 auf Antrag von Prof. Dr. *Ph. Thormann* als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis

Seite

Literatur 5

Abkürzungen 6

Erster (einleitender) Teil

§ 1 Vom alten zum neuen MilStrG 7

§ 2 Kurze Charakteristik des geltenden Rechtes 10

§ 3 Zur Systematik der Deliktstatbestände 12

§ 4 Der Ungehorsam nach Art. 61 MilStrG und verwandte Tatbestände . 14

Zweiter (dogmatischer) Teil

§ 5 Der Befehl im allgemeinen 19

§ 6 Vorgesetzte 20

§ 7 Untergebene 22

§ 8 Der Befehl in Dienstsachen 25

§ 9 Die Handlung 28

§ 10 Die Schuld 31

§ 11 Rechtswidrige Befehle (Art 18 MilStrG) 32

§ 12 Die Mitwirkung von Zivilpersonen (Art. 6 MilStrG) 36

§ 13 Die « leichten Fälle » 41

§ 14 Die Strafe 44

§ 15 Die kriminellen und disziplinaren Strafen im Verhältnis zueinander 51

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546502_0058

Literatur

Brunner, Karl : Heereskunde der Schweiz, 2. Aufl. 1940.

Cron : Die Grenzen des militärischen Gehorsams. Erlanger Diss. 1933.

Dams : Der militärische Ungehorsam nach § 92 MStGB mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung (Wehrrechtliche Abhandlungen, hrsg. von Dietz, Heft 9), 1938.

Dolaptschieff : Sind rechtswidrige bindende Befehle möglich ?, in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 58 (1939), S. 238 ff.

Eberle : Der militärische Befehl als Schuldausschließungsgrund im schweizerischen Militärstrafrecht, Berner Diss. 1930.

Frank : Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. 1931.

Grabemann : Geltungsbereich des schweizerischen Militärstrafgesetzes von 1927 (Art. 2—6 des Gesetzes), Zürcher Diss. 1936.

Koller : Dienstverletzung nach schweizerischem Militärstrafrecht, Zürcher Diss. 1929.

Logoz : Vers un nouveau code pénal militaire suisse, in der Schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 30 (1917), S. 237 ff.

Mayer, M. E. : Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 1915.

Nagler : Die Teilnahme am Sonderverbrechen. Ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme, 1903.

Nanz : Befehlsberechtigung und Gehorsamspflicht im schweiz. Militärstrafrecht mit Berücksichtigung des deutschen Militärstrafgesetzbuches, Zürcher Diss. 1916.

Nostitz-Wallwitz : Das militärische Delikt des Ungehorsams, Leipziger Diss. 1905.

Ramm : Der rechtswidrige verbindliche Befehl, in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 58 (1939), S. 363 ff.

Rieter : Das militärische Delikt des Ungehorsams nach deutschem und schweizerischem Militärstrafrecht, Leipziger Diss. 1911.

Schmidt, Eberh. : Militärstrafrecht (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, hrsg. von Kohlrausch und Peters, XXa), 1936.

Schwinge : Militärstrafgesetzbuch einschließlich Kriegsstrafrecht (Kommentare zum Deutschen Reichsrecht, Bd. 1), 3. Aufl. 1940.

Schumacher : Der Geltungsbereich des schweizerischen Militärstrafgesetzes, Fribourger Diss. 1936.

Simmerlein : Der bindende rechtswidrige Befehl im Militärrecht Deutschlands, der Schweiz, Italiens und der Tschechoslowakei, Erlanger Diss. 1937.

Sprecher von Bernegg : Disziplinarfehler und ihre Bestrafung nach schweizerischem Militärstrafrecht, Basler Diss. 1934.

Stooß Alfr. : Praxis und Wissenschaft des schweizerischen Militärstrafrechtes. Fragen aus dem Gebiete der Insubordination, in der Schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 28 (1915), S. 159 ff.

Thormann-v. Overbeck : Das Schweizerische Strafgesetzbuch, I. Allgemeiner Teil, 1938 ff.

Zingg, Edw. : Die Unterstellung von Zivilpersonen unter das Militärstrafrecht (nach schweizerischem Recht), Berner Diss. 1936.

Zürcher : Zum Vorentwurf eines schweizerischen Militärstrafgesetzbuches, in der Schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 30 (1917), S. 108 ff.

Abkürzungen

Botsch. = Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf, enthaltend das schweiz. Militärstrafgesetzbuch (vom 26. November 1918), BBl. 1918 V 337.

DR = Dienstreglement, 1933.

E = Entwurf des Bundesrates zu einem schweizerischen Militärstrafgesetzbuch 1918.

EMD = Eidgenössisches Militärdepartement.

ExpKomm = Expertenkommission . . .

MilO = Militärorganisation der schweiz. Eidgenossenschaft, vom 12. April 1907.

MilStrG = Schweiz. Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927. Abgeändert durch BG vom 13. Juni 1941.

MilStrGerO = Militärstrafgerichtsordnung vom 28. Juni 1889.

MKG = Militärkassationsgericht.

MKG I = Entscheidungen des MKG aus den Jahren 1926—1935.

MKG II = Dasselbe, aus den Jahren 1936—1940.

Prot. = Verhandlungen der Expertenkommission für das schweiz. Militärstrafgesetzbuch.

SJZ = Schweizerische Juristen-Zeitung.

RGE = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

StenBull = Amtliches Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, NatR = Nationalrat; StR = Ständerat.

VE = Vorentwurf zu einem schweizerischen Militärstrafgesetzbuch, verfaßt von Hafter, 1916.

Z = Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht.

Erster (einleitender) Teil

§ 1. Vom alten zum neuen MilStrG

Das MilStrG vom Jahre 1851 war keine selbständige gesetzgeberische Leistung. Es lehnte sich stark an seinen Vorgänger an, das aus den Beratungen der Tagsatzung von 1836 und 1837 hervorgegangene « MilStrGB für die Eidg. Truppen von 1838 ». Dieses wiederum hatte namentlich in bezug auf die rein militärischen Delikte den « Code pénal militaire pour les régiments suisses » aus dem Jahre 1816 (Code Gady) zum Vorbild. Die Botschaft des BR vom 2. Juni 1851 erklärt, es könne sich nicht darum handeln, das Gesetz von 1838 zu beseitigen und durch etwas ganz Neues zu ersetzen. Es gelte vielmehr, die bisherige, als bewährt erachtete Regelung lediglich an die neuen, durch die BV von 1848 geschaffenen Bundeseinrichtungen anzupassen, Härten zu mildern, Erfahrungen zu verwerten und durch Vorschriften für den Instruktions-Dienst zu vervollständigen. Der Fortschritt gegenüber dem bis dahin geltenden Rechtszustande bestand immerhin darin, daß nunmehr sämtliche kantonalen MilStrGB außer Kraft gesetzt waren; das neue MilStrG war allein für sämtliche schweizerischen Truppen anwendbar. Seinem Geiste nach war es den Vorbildern insofern verwandt geblieben, als es vornehmlich auf den Kriegszustand zugeschnitten war. « Man glaubt, aus seinen Artikeln den Schall der Schlachttrompete, das Getöse des Handgemenges und das Gebrause des Lagerlebens zu hören[1]. » Daher auch seine überaus harten Strafdrohungen, die fehlende Rücksichtnahme auf die verschiedene Tragweite der militärischen und gemeinen Verbrechen, die Außerachtlassung der zwischen Instruktions-Dienst und den Zeiten aktiven Dienstes bestehenden Unterschiede. Was der Schweiz not tat, war aber ein MilStrG, das den Friedenszustand als die Regel ansehen würde.

Die Reformbedürftigkeit des MilStrG von 1851 wurde besonders empfunden, nachdem die Verfassung von 1874 dem Bunde die alleinige Militärhoheit übertragen hatte und die vorkommenden Anwendungsfälle in der Friedenszeit die Unzuträglichkeiten des Gesetzes immer klarer hervortreten ließen. Auch die Erfahrungen aus der Grenzbesetzungszeit 1870/71 mochten mitgewirkt haben.

Im Jahre 1876 erschien Prof. Carl Hiltys Bericht « Über die Grundzüge eines MilStrGB für die Schweizerische Eidgenossenschaft ». Er vertrat die Auffassung, daß bloße Verbesserungen keine Abhilfe bringen könnten. Was not tut, sei ein Gesetz, das, seiner Eigenart als Sonderrecht eingedenk, nur das Allernotwendigste zu regeln und alles andere

[1] Bolli, StenBull StR 1921, S. 436.

dem bürgerlichen StrG zu überlassen hätte. Es müsse sich einer Kürze befleißen und in der Weise volkstümlich werden, daß es jedem Soldaten im Dienstbüchlein mitgegeben werden könnte. Es müsse für den Frieden wie für Kriegszeiten gleich benutzbar sein, und zu diesem Behufe müßten diese beiden Zustände deutlich auseinandergehalten werden.

Im Sinne dieser Grundsätze arbeitete Hilty seinen ersten Entwurf 1878 aus mit nur 80 Artikeln. Eine zur Beratung des Entwurfs eingesetzte Kommission hat ihn abgelehnt. Die damals laut gewordene Kritik berücksichtigte Hilty bei der Ausarbeitung seines zweiten Entwurfes 1881. Er suchte darin zwischen dem ursprünglich befürworteten System einer äußerst knappen und volkstümlichen Behandlung und demjenigen eines möglichst vollständigen Gesetzes zu vermitteln. Dieser Entwurf wurde den eidgenössischen Räten mit bundesrätlicher Botschaft vom 30. Mai 1884 zur Beratung unterbreitet, nachträglich aber zurückgezogen. « Der Gang der Beratungen im StR und in der nationalrätlichen Kommission sowie öffentliche Kritiken haben uns zu der Überzeugung gebracht, daß die Absicht, welche dem E zugrunde liegt, in der Praxis sich nicht verwirklichen läßt[2]. » Zudem erhielt die Kodifizierung der MilStrGerO den Vorrang. Sie trat 1889 in Kraft. Der Entwurf einer DisziplinarStrO[3] wurde in der Volksabstimmung vom 4. Oktober 1896 verworfen. Die geplanten beiden restlichen Teile der gesamten Materie des schweiz. Militärstrafwesens, das materielle Recht wie ein Sondergesetz über die Kriegsartikel wurden überhaupt nicht fertiggestellt.

Man hoffte damit bis zur Vereinheitlichung des bürgerlichen StrR warten zu können, um alsdann einem MilStrG die eigentlichen Militärdelikte vorzubehalten. Inzwischen wurde das MilStrG von 1851 im Sinne einer Milderung der Strafdrohungen für den Instruktions-Dienst teilweise abgeändert (sog. lex Brosi vom 23. Juni 1904).

Die Grenzbesetzungszeit 1914/18 hatte eine beträchtliche Häufung der Anwendungsfälle zur Folge, was die Unzulänglichkeiten des MilStrG besonders deutlich in Erscheinung treten ließ. Der Ruf nach baldiger Abhilfe erging zunächst vom Armeeauditorat, das die ersten Vorarbeiten zur Revision selber in die Wege leitete. Mit Kreisschreiben vom 27. Dezember 1914, also kurz nach erfolgter Mobilisation, wurden die Großrichter eingeladen, über ihre Erfahrungen mit dem geltenden Gesetz zu berichten und Reformvorschläge zu unterbreiten. Dem Armeeauditorat schwebte dabei der Gedanke eines baldmöglichen Erlasses eines neuen MilStrG auf dem Notverordnungswege vor. Der BR war aber diesem Plane abhold. Die ihm erteilten außerordentlichen Vollmachten benutzte er dazu, durch eine Reihe von VO und BRB die offensichtlichsten Härten des geltenden MilStrG zu mildern.

[2] Botsch. des BR vom 10. April 1888 (BBl. 1888 II, S. 345).
[3] Botsch. des RB vom 19. Oktober 1894 (BBl. 1894 III, S. 455).

Der Gedanke einer Revision kam aber nicht zur Ruhe. Mit Motion vom 17. März 1916 verlangte NatR Walser mit 61 Mitunterzeichnern die gänzliche oder teilweise Revision des MilStrG[4]. Als dann der BR im Einvernehmen mit der nationalrätlichen Geschäftsprüfungskommission sich von sich aus für die Revision entschloß und damit das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement betraute, wurde die Motion Walser als erledigt zurückgezogen. Prof. Hafter, Major der Armeejustiz, erhielt den Auftrag, einen VE zu einem MilStrG auszuarbeiten.

Der VE, in Kommentarform verfaßt, erschien in 3 Lieferungen und lag am 30. März 1918 vollständig vor. Eine aus 23 Mitgliedern bestehende ExpKomm, Sachverständige des Strafrechts, Truppen- und Justizoffiziere sowie Parlamentarier, wurde zur Beratung des VE bereits Anfang 1917 eingesetzt. Den Vorsitz führte der Chef des Justiz- und Polizeidepartementes. In 4 Sessionen, vom April 1917 bis Mai 1918, wurde der Vorentwurf in 2 Lesungen durchberaten.

Mit Botschaft vom 26. November 1918[5] legte der BR den eidg. Räten den Gesetzesentwurf zur Beratung vor. Leider trat eine Verzögerung ein. Den an den Vorarbeiten maßgeblich beteiligten Bundesrat Ed. Müller ereilte der Tod. Sein Nachfolger zog sich aus Gesundheitsrücksichten zurück, und Bundesrat Häberlin, der das Erbe antrat, brauchte erst Zeit, um sich in die Materie einzuarbeiten, bevor er sie vor den Räten vertreten konnte. Erst am 6. April 1921 nahm der StR, dem die Priorität zukam, die Beratungen auf. Innerhalb eines Jahres waren sie zu Ende geführt (7. April 1922). Die nationalrätliche Kommission war inzwischen mit der Beratung des E zu einem bürgerlichen StrG beschäftigt. Es war beabsichtigt, diese Arbeit zugunsten einer unverzüglichen Inangriffnahme des militärrechtlichen E zurückzustellen. Dies deshalb, weil zufolge der 1921 verworfenen Militärjustizinitiative die Bundesbehörden dem Volke die möglichst baldige Schaffung eines neuen MilStrG versprochen hatten. Trotzdem trat eine weitere Verzögerung ein, da man die damals bevorstehenden Parlamentswahlen abwarten wollte und — nachdem diese stattgefunden — die durch die Neuwahlen hervorgerufenen Vakanzen in der Kommission besetzen mußte. Die Beratungen des NatR fanden in den Sessionen vom Oktober 1924, Juni 1925 und Oktober 1925 statt. Es folgte die Differenzbereinigung in beiden Kammern. Im Ergebnis ging aus den Beratungen der BVers. der bundesrätliche E mit nur wenigen Änderungen hervor. Er wurde am 13. Juni 1927 als MilStrG erlassen. Da das Referendum nicht ergriffen wurde, erwuchs das MilStrG am 1. Januar 1928 in Kraft[6]. Verschiedene Änderungen und Ergänzungen sind in der Folgezeit mit

[4] Z 29 (1916), S. 336.
[5] BBl. 1918 V, S. 337.
[6] AS n. F. 1927, S. 352.

Rücksicht auf das vereinheitlichte bürgerliche StrGB vom 21. Dezember 1937 nötig geworden[7].

§ 2. Kurze Charakteristik des geltenden Rechtes

1. Der Eigenart des Schweizersoldaten als Milize und Bürger Rechnung tragend, geht das neue MilStrG von der Voraussetzung aus, daß die Friedenszeit der Normalzustand ist.

a) Grundlage des Militärdienstes bildet der Instruktionsdienst, der dazu bestimmt ist, den Wehrpflichtigen während einer bestimmten, zum voraus festgesetzten Dauer unter dem Befehl eines militärischen Vorgesetzten den « Dienst zur Ausbildung » (Art. 8 MilO) absolvieren zu lassen[8].

b) Demgegenüber ist die Zeit des Aktiv-Dienstes dadurch gekennzeichnet, daß Truppen nicht mehr zur Instruktion aufgeboten werden, sondern zum Zwecke der Landesverteidigung, daneben aber auch zur Unterdrückung allfälliger innerer Wirren[9].

c) Kriegszeit endlich bedeutet, daß sich die Schweiz im Kriege befindet, oder daß unmittelbar drohende Kriegsgefahr besteht.

Diese Dreiteilung in Instruktions-Dienst, Aktiv-Dienst und Kriegszeit stellt die « drei konzentrischen Kreise » des Geltungsbereiches des MilStrG dar. Wie sich dies namentlich in bezug auf die jeweilen dem MilStrG unterstehenden Personen auswirkt, wird im einzelnen unser § 7 zeigen bei der Behandlung der Frage, welche Personen Täter des Ungehorsamdeliktes sein können.

[7] Vgl. BG betr. Anpassung des MilStrG und der MilStrGerO an das Schweizerische Strafgesetzbuch, vom 13. Juni 1941 (AS n. F. 57 II, S. 1269).

[8] Der Begriff Instruktions-Dienst umfaßt die Rekrutenschulen, Wiederholungskurse, Kader-Ausbildungsschulen (Unteroffiziers-, Offiziers- und Zentralschulen), die taktischen und technischen Kurse, Schießkurse usw.

[9] Vgl. Art. 8 MilO : (Die Dienstpflicht) erstreckt sich :

b) auf den aktiven Dienst, Dienst zur Behauptung der Unabhängigkeit gegen außen sowie zur Handhabung von Ruhe und Ordnung im Innern (Art. 2 BV). Ein Urteil des DivG VI vom 24. August 1906 (Z 20, S. 164) äußert sich über den Unterschied zwischen Instruktions-Dienst und Aktiv-Dienst folgendermaßen : « Was Instruktions-Dienst ist, geht aus dem Wort selbst hervor, der Begriff ist positiv durch das Requisit des Instruktionszweckes bestimmt. Während der Instruktions-Dienst nicht einem unmittelbaren Staatszwecke, sondern nur der Erschaffung eines Staatsmittels dient, ist der aktive Dienst Dienst für eigentliche Staatszwecke und Staatsakte. » Er läßt sich nur negativ umschreiben als jede Aufgabe einer Truppe, die nicht Instruktion ist (Z 20, S. 180). Immer sind die konkreten Tatumstände entscheidend, nicht aber formale Gesichtspunkte, etwa Verlesen der Kriegsartikel. Im Aktiv-Dienst wäre z. B. auch die Abteilung einer Rekrutenschule, die zur Aufrechterhaltung der Ordnung abkommandiert wäre.

2. Aufgehoben wurde das System übermäßig hoher Strafminima des alten MilStrG, die nach dem allgemeinen Rechtsempfinden in keinem Verhältnis zur Strafwürdigkeit der betreffenden Handlungen standen. Weite Strafrahmen lassen dem Ermessen des Richters genügenden Spielraum, um dem einzelnen Falle gerecht zu werden.

3. Damit im Zusammenhang wird dem Richter die gesetzliche Möglichkeit geboten, in der Strafzumessung mildernde Umstände zu berücksichtigen[10]. Er findet darin eine — dem bisherigen Rechte unbekannte — willkommene Handhabe, bei Wahrung allen Ernstes in der Beurteilung von Delikten, die dem MilStrG unterstehen, das menschliche Gerechtigkeitsgefühl zu seinem Rechte kommen zu lassen.

4. Auch die Institute der bedingten Entlassung[11] und des bedingten Strafvollzuges[12] stehen nunmehr dem Richter zu Gebote.

Durch diese Regelung ist der Erkenntnis voll Rechnung getragen, « daß die Verschiedenartigkeit und Reichhaltigkeit der Fälle und der menschlichen Verhältnisse sich nicht nach engen und starren Regeln beurteilen lassen, sondern daß einem humanen Richter auch ein humanes Gesetz zur Seite stehen muß[13].

5. Schließlich findet das peinliche MilStrG seine Ergänzung in der Disziplinarstrafordnung des Zweiten Buches, die neu geregelt wurde unter Verwertung der Erfahrungen der Kriegsjahre und weitgehender Rücksichtnahme auf das Rechtsempfinden des Volkes.

« Die Aufgabe der Militärgerichte wird durch das neue MilStrG nicht leichter werden, aber dafür zu einer Rechtsprechung führen, die mit dem allgemeinen Volksempfinden über menschliche Gerechtigkeit im Einklang steht[14, 15].

[10] Art. 45—47 MilStrG.
[11] Art. 31 MilStrG.
[12] Art. 32 MilStrG.
[13] Geel, StenBull StR 1921, S. 2.
[14] Geel, StenBull StR 1921, S. 171.
[15] Daß diese Erwartung nicht enttäuscht wurde, mag beispielshalber an Hand der Grundsätze des MKG in bezug auf die Anwendbarkeit des bedingten Strafvollzuges gezeigt werden: Die Zubilligung im Einzelfalle ist Ermessenssache, auch wenn die Voraussetzungen des Art. 32 MilStrG gegeben sind (II Nr. 81 : 5. Juni 1940). Der Richter darf aber nicht alles beliebige, vielmehr das Richtige wollen, d. h. den Grundgedanken und Zwecken des Gesetzes gerecht zu werden suchen (I Nr. 31 : 31. Oktober 1932). Generalpräventive Überlegungen sind bei der konkreten Entscheidung zu unterlassen; ausschlaggebend muß die Würdigung der Persönlichkeit des Täters sein, seiner Gesinnung, Veranlagung, Charaktereigenschaften (II Nr. 105 : 28. September 1940), seines Verhaltens bei und nach der Tat (II Nr. 26 : 28. Februar 1938), namentlich vor Gericht (II Nr. 3 : 4. Mai 1936 und neuerdings Entscheid vom 30. Dezember 1941 in Sachen D. H.). Gewinnt der Richter die Überzeugung, daß der bedingte Strafvollzug das Mittel ist, womit ein Rückfall des Täters ohne Vollzug der Strafe verhütet werden

§ 3. Zur Systematik der Deliktstatbestände

Die Disziplin ist der Grundpfeiler der Armee. Ihre Aufgabe, im Falle bewaffneter Auseinandersetzung mit einem äußeren Feinde das Vaterland zu schützen und in Friedenszeiten sich auf den Ernstfall vorzubereiten, um jederzeit kampfbereit zu sein, kann sie nur erfüllen, wenn die Disziplin das gesamte militärische Leben beherrscht[16]. Nur die Disziplin unterscheidet eine Armee von einem « bewaffneten Haufen ». Daher macht sich strafbar, wer sich gegen die spezifisch militärischen Gebote und Verbote verfehlt. Nach welchen Gesichtspunkten hat aber der Militärstrafgesetzgeber die einzelnen Deliktstatbestände zu systematisieren ? « Letzten Endes verstoßen alle militärischen Delikte gegen die Disziplin, gegen die Pflicht zur Unterordnung, gegen die Gehorsamspflicht, die für den Wehrpflichtigen jeden Grades besteht, im Verhältnis zu den für ihn bestehenden Vorschriften oder an ihn ergehenden Befehlen. Die Gehorsamspflicht steht so eigentlich im Brennpunkt aller militärischen Tätigkeiten, ob es sich direkt um die Pflicht der Unterordnung oder um die Handhabung der Dienstgewalt und Befehlsmacht oder um die Erfüllung der Pflicht der Treue gegen den Staat handeln mag. Überall ist Anfang und Ende die Unterordnung, die Anpassung des eigenen Willens, der eigenen Individualität an den fremden Willen, den der Volksgesamtheit oder ihrer Vertreter. Die Pflicht der militärischen Unterordnung ist Voraussetzung und unerläßliche Bedingung jeder militärischen Ordnung. Sie ist eine Lebensbedingung für jedes Heer. Sie ist die Grundlage der ganzen Heereseinrichtung und die Voraussetzung dafür, daß die Armee ihre Aufgabe erfüllen kann[17]. »

Man kann noch einen Schritt weitergehen und sagen : gegen die militärische Disziplin verfehlt sich nicht nur, wer den Tatbestand eines spezifisch militärischen Deliktes erfüllt, sondern im letzten Grunde auch, wer sich der Übertretung von Normen des bürgerlichen Strafrechtes, etwa des Diebstahls, schuldig macht. Jeder Verstoß dieser Art ist zugleich ein Verstoß gegen die Disziplin, mehr oder weniger schwerwiegender Art, je nach der Beschaffenheit des einzelnen strafrechtlichen Tatbestandes.

Aus dieser Einsicht ergibt sich für den Gesetzgeber die wichtige Vorfrage, welche Delikte überhaupt dem Sonderrecht unterstellt werden

kann, so wird er die Rechtswohltat gewähren (II Nr. 107 : 21. Oktober 1940). Für kein Delikt ist sie von vornherein ausgeschlossen (II Nr. 4 : 4. Mai 1936), sie darf auch nicht grundsätzlich Personen verweigert werden, weil sie einen höheren Dienstgrad bekleiden (II Nr. 25 : 28. Februar 1938); denn in beiden Fällen wäre dies eine über den Zweck des Gesetzes hinausgehende Beschränkung des Anwendungsbereiches des bedingten Strafvollzuges.

[16] Vgl. DR Ziff. 28.

[17] Bolli, StenBull StR 1921, S. 434.

sollten, ohne allzusehr in den Zuständigkeitsbereich des bürgerlichen Strafgesetzgebers einzugreifen. Aber auch innerhalb der eigentlichen militärischen Delikte bleibt die Schwierigkeit bestehen, einwandfreie systematische Gesichtspunkte zu bilden und die Rechtsgüter, gegen die sich die einzelnen militärischen Delikte speziell richten, scharf gegeneinander abzugrenzen. Auch der Militärstrafrechtswissenschaft ist es noch nicht gelungen, in dieser Hinsicht eine allseitig befriedigende Einteilung herauszuarbeiten.

Die Tatbestände des Bes. Teils unseres MilStrG sind nach folgenden drei Gesichtspunkten gruppiert:

1. Der Natur der Sache gemäß kommen an erster Stelle die rein militärischen Delikte (delicta militaria propria), d. h. solche, die von Militärpersonen verübt werden, also von Soldaten, die im Dienste stehen, ferner von Personen, die den Wehrpflichtigen im Dienst gleichgestellt sind bei Verletzung militärischer Pflichten. Alle andern Kategorien von Personen bilden im Verhältnis zu diesen Sonderdelikten den Kreis der Außenstehenden (Extrane). Es wird jedoch in anderem Zusammenhange noch auszuführen sein, daß diese Personen, die kein militärisches Delikt als Täter begehen können, trotzdem unter das MilStrG fallen, sofern sie nämlich an einem solchen Delikt mitwirken[18].

   Diese rein militärischen Delikte ordnet das MilStrG systematisch wie folgt:

   a) Verletzungen der Pflicht militärischer Unterordnung regeln die Art. 61—65 des ersten Abschnittes. Hievon bildet den Grundtatbestand der Ungehorsam (Art. 61), dessen dogmatische Untersuchungen die Aufgabe vorliegender Arbeit ist.

   b) Das Gegenstück zur Pflicht der Unterordnung, der Mißbrauch der Dienstgewalt, ist in einem 2. Abschnitt geregelt (Art. 66 bis 71). Diese Tatbestände bieten dem Untergebenen den strafrechtlichen Schutz gegen Übergriffe seiner Vorgesetzten.

   c) Verfehlungen gegen allgemein geltende Vorschriften, «Dienstverletzungen», stellen die Art. 72—80 in einem 3. Abschnitt unter Strafe. Über die Abgrenzung gegen den Ungehorsam unseres Art. 61 vgl. § 4 Ziff. 1.

   d) Die letzte Gruppe der eigentlichen Militärdelikte umfaßt Tatbestände, die die Verletzung der Pflicht zur Dienstleistung zum Gegenstand haben (Art. 81—85 des 4. Abschnittes).

2. Die folgenden Abschnitte 5 und 6 (Art. 86—114) enthalten die uneigentlichen militärischen Delikte: Delikte gegen die Landes-

[18] Vgl. unt. § 12.

verteidigung und gegen die Wehrkraft des Landes sowie Verletzung des Völkerrechtes im Kriege. Es sind dies Tatbestände, die zwar von jedermann begangen werden können, auch von Nichtmilitärs, und unter das MilStrG fallen, weil sie sich gegen militärische Rechtsgüter richten.

3. Den Bes. Teil vervollständigen die gemeinen Delikte (Art. 115 bis 179). Sie sind von militärischer Bedeutung insofern, als in ihnen gleichzeitig eine Verletzung militärischer Pflichten enthalten ist, wenn sie von Militärpersonen begangen werden. Diese Tatbestände lehnen sich eng an die Regeln des bürgerlichen Strafrechtes an, von der sie nur dort abweichen, wo die Rücksicht auf die besonderen militärischen Verhältnisse dies gebietet.

   Wo eine strafbare Handlung militärische Interessen überhaupt nicht berührt, bleibt deren Ahndung dem bürgerlichen Strafrecht überlassen[19] Für solche Tatbestände ist in einem MilStrG kein Raum. Trotzdem darf unser MilStrG — unter Berücksichtigung seines Allg. Teiles und des 3. Buches über Einführung und Anwendung des Gesetzes — als ein vollständiges Strafgesetz bezeichnet werden. Es enthält zwar nicht sämtliche Straftatbestände, wohl aber alle, die in seinem Anwendungsbereich von Bedeutung sind.

§ 4. Der Ungehorsam nach Art. 61 MilStrG und verwandte Tatbestände

I. Abgrenzung gegen die Dienstverletzungen (Art. 72 ff. MilStrG)

Wie bereits früher[20] erwähnt, kann die Disziplin als dasjenige Rechtsgut bezeichnet werden, gegen welches sich im letzten Grunde alle militärischen Delikte wenden. Diese Gemeinsamkeit im geschützten Objekt zeigt sich besonders deutlich, sobald der Ungehorsam nach Art. 61 MilStrG gegen die Dienstverletzungen nach Art. 72 ff. MilStrG systematisch abgegrenzt werden muß.

Wenn wir daran festhalten, daß die Nichtbefolgung dienstlicher Anordnungen, mögen sie im einzelnen so oder anders beschaffen sein, eine

[19] Art. 7 MilStrG Beispiele: Bankerott, Kuppelei, Wahlbetrug, Übertretung von Verkehrsgesetzen usw.

[20] Oben S. 12 f.

Insubordination darstellen[21], so werden uns die Schwierigkeiten begreiflich, die sich dem Gesetzgeber in der Systematisierung der Dienstverletzungen entgegenstellten. Im VE waren sie in einem besonderen Abschnitt über Vergehen gegen die militärische Treupflicht zusammen mit den Desertionsvergehen untergebracht. Diese beiden Gruppen erschienen im bundesrätlichen E gesondert. Die Dienstverletzungen waren in einem besonderen, mit der gleichen Bezeichnung überschriebenen Abschnitt zusammengefaßt. Hieran schloß sich ein weiterer Abschnitt über Vergehen gegen die Dienstpflicht an, enthaltend die Desertionsvergehen[22]. Der Sammelbegriff: Vergehen gegen die militärische Treupflicht ist infolge heftiger dagegen gerichteter Kritik fallen gelassen worden[23]. Man könnte sich allenfalls fragen, ob nicht die Dienstverletzungen an die Spitze des Bes. Teils gehören. Es verdient hervorgehoben zu werden, daß die Militärgerichtspraxis in Zweifelsfällen die Subsumtion unter den Tatbestand der Dienstverletzungen vorsieht[24].

Wie dem auch sei, im geltenden Recht steht der Ungehorsam nach Art. 61 als Vergehen gegen die Pflicht militärischer Unterordnung den Dienstverletzungen als in einem besonderen Abschnitt zusammengefaßten Delikten gegenüber. Dogmatisch läßt sich der Unterschied folgendermaßen umschreiben :

Der Befehl, dessen Nichtbefolgung als Ungehorsam im Sinne Art. 61 MilStrG geahndet wird, regelt einen individuell beschaffenen Fall des militärischen Verhaltens und ergeht direkt an den einzelnen Soldaten persönlich oder an eine bestimmte Truppe (Kompagnie usw.)[25]. Demgegenüber besteht eine Dienstverletzung nach Art. 72 ff. MilStrG in der Nichtbefolgung allgemeiner Vorschriften, abstrakt gefaßter Anordnungen, wie sie in Reglementen und anderen Erlassen niedergelegt sind, die die betreffende Angelegenheit zum Gegenstand haben. Es sind dies Richtlinien, die in allen gleichliegenden Fällen generell ein bestimmtes

[21] Vgl. MilStrG 1851 Art. 72, 76, 86, 90. Dort wird als Dienstverletzung qualifiziert, was sich nach unserem Art. 61 als Ungehorsam darstellen würde.

[22] Heute 4. Abschnitt : Verletzung der Pflicht zur Dienstleistung, Art. 81 ff.

[23] So etwa Logoz, Z 30 (1917), S. 264 : « La notion du devoir de fidélité militaire ... est d'importation étrangère. Cette notion a un parfum féodal et — disons le mot ! — germanique trop prononcé. Dans un Etat monarchique où le souverain est le chef suprême de l'armée, il est exact de parler d'un devoir de fidélité de chaque soldat vis-à-vis de ce souverain auquel il a prêté serment. Dans un Etat démocratique comme le nôtre, ce devoir qui existerait vis-à-vis de l'Etat est une pure fiction. » Vgl. auch Protokoll der ExpKomm (13. Sitzung vom 18. April 1917, S. 168), Votum Kirchhofer; ferner Bolli, StenBull StR 1921, S. 446.

[24] Dieser Sachverhalt spiegelt sich auch in der Statistik des MKG wider; im Jahre 1940 waren es 11 Ungehorsamsfälle gegen 30 Fälle von Dienstverletzungen, die unseren höchsten Militärgerichtshof beschäftigt haben; die entsprechenden Zahlen für 1941 sind 9 und 22.

[25] Näheres hierüber unter § 8.

Verhalten vorschreiben, zum Beispiel die Verfügung des EMD und des Generaladjutanten der Armee vom 15. Mai 1941 betr. Auslandsurlaub und Bewilligungen für vorübergehenden Auslandsurlaub während des Aktiv-Dienstes[26]. So enthält namentlich das DR zahlreiche Gebote, die den Dienstpflichtigen, sei es in allgemeiner Hinsicht, sei es bezüglich einzelner dienstlicher Aufgaben, ein bestimmtes Verhalten vorschreiben, etwa die Ziff. 18 II—IV, 25, 26, 31, 32 DR[27].

Aus der neuesten Praxis des MKG führen wir folgende Beispiele an:

Als allgemeine Dienstvorschrift im Sinne des Art. 72 MilStrG wurde erkannt eine Verfügung des EMD, die allgemein an die Unteroffiziere der Artillerie und Traintruppe gerichtet war, enthaltend bestimmte Vorschriften bezüglich der Pferdestellung[28]. Die militärische Organisation des Interniertenwesens läßt die an die Internierten ergangenen Weisungen als Dienstvorschriften gemäß Art. 72 MilStrG erscheinen[29].

Zusammenfassend kann man die Befehle im Sinne des Art. 61 MilStrG als konkrete Imperative bezeichnen, denen die abstrakten Imperative der Dienstvorschriften gemäß Art. 72 ff. MilStrG gegenüberstehen. Oder mit Hafter[30], der den Begriff der Treupflicht verwendet: Wer einem konkreten Befehl nicht gehorcht, verfehlt sich gegen die Pflichten der Unterordnung. Wer allgemeine Vorschriften mißachtet, verletzt die militärische Treupflicht.

II. Abgrenzung gegen Art. 107 und 108 MilStrG

Beide Bestimmungen sind im Abschnitt über Verbrechen und Vergehen gegen die Landesverteidigung und gegen die Wehrkraft des Landes geregelt. Sie enthalten die Strafsanktion gegen die Störung der militärischen Sicherheit in Form des Ungehorsams gegen Anordnungen der zuständigen Behörden. Ursprünglich waren nur allgemeine Befehle ins Auge gefaßt, die vom BR, dem Armeekommando, kantonalen Regierungen und — nach eingefügter Generalklausel — von anderen zuständigen militärischen oder bürgerlichen Stellen zum Schutze des Staates und der Armee gegen allfällige Schwächungen erlassen werden. Als Beispiele solcher Erlasse aus neuester Zeit führen wir an: BRB betr. Maßnahmen gegen staatsgefährliche Umtriebe und zum Schutze der De-

[26] Vgl. 3 Urteile des TerG 3 A vom 25. September 1942.

[27] Im Gegensatz dazu sind keine Rechtsgebote und daher strafrechtlicher Verletzung nicht fähig, solche Bestimmungen des DR, die Zweck, Aufgabe, Organisation der Armee und einzelner dienstlicher Einrichtungen umschreiben.

[28] MKG II Nr. 25 : 28. Februar 1938.

[29] MKG II Nr. 100 : 28. September 1940; vgl. auch Urteil des TerG 3 A vom 24. September 1942.

[30] VE S. 85.

mokratie[31], VO über die Wahrung der Sicherheit des Landes[32], VO über die Handhabung der Neutralität[33], BRB über die Ausfuhr und den Verkauf von Karten und Plänen[34], BRB betr. das Verbot der staatsgefährlichen Propaganda in der Armee[35], BRB über das Verbot unbefugter Verwendung der militärischen Uniformen und Abzeichen[36] und andere mehr[37].

Die Beschränkung der Ahndung von Verstößen gegen solche nur allgemeine Anordnungen wurde im Schoße der ExpKomm als unzureichend empfunden. Es gebe weitere Fälle, wo eine bestimmte militärische Stelle im Interesse der Landesverteidigung individuell bezeichneten Personen Befehle erteilen kann. So zum Beispiel : Es besteht eine Befestigungsanlage. Auf einem anliegenden Grundstück wird nun vom Eigentümer ein Bau errichtet, der das Gesichtsfeld jener Anlage deckt. Diesem Eigentümer muß befohlen werden, den Bau zu beseitigen. Hierfür ist ein individueller Befehl erforderlich. Anderer Fall : Ein Fortifikationskommando erachtet es aus militärischen Gründen für notwendig, daß die an einem See wohnenden Schiffsbesitzer ihre Schiffe zu numerieren haben. Zur Erreichung dieses Resultates kann wiederum kein allgemeiner Befehl erlassen werden, man muß vielmehr an die betreffenden Personen mittels individueller Befehle gelangen. Ist aber Ungehorsam nur gegen allgemeine Anordnungen unter Strafe gestellt, so besteht in den oben angeführten Fällen keine rechtliche Grundlage, Fehlbare zur strafrechtlichen Rechenschaft zu ziehen. Diese Überlegungen führten dazu, die vorgesehene Bestimmung durch Aufnahme individueller Befehle zu ergänzen. Systematisch kam diese Erweiterung durch Aufspaltung der Materie in zwei Artikel zustande. Deren Verhältnis zueinander wird in den Marginalien zum Ausdruck gebracht. Art. 107 MilStrG bestraft den Ungehorsam gegen allgemeine, Art. 108 den Ungehorsam gegen besondere Anordnungen[38].

Beide Vorschriften gelten nur für Zeiten aktiven Dienstes und sollen namentlich diejenigen Fälle treffen, wo Zivilpersonen militärischen Befehlen, Weisungen oder Anordnungen nicht gehorchen. Es handelt sich

[31] Vom 15. Dez. 1938 : AS n. F. 54, S. 856.

[32] Vom 22. Sept. 1939 : AS n. F. 55, S. 1082.

[33] Vom 14. April 1939 : AS n. F. 55, S. 810.

[34] Vom 3. Okt. 1939 : AS n. F. 55, S. 1098.

[35] Vom 4. Dez. 1939 : AS n. F. 55, S. 1461.

[36] Vom 2. Febr. 1940 : AS n. F. 56 I, S. 133.

[37] Nach einem neueren Entscheid des MKG (II Nr. 69 : 20. März 1940) gehören hierzu auch Vorschriften, die sich ganz allgemein auf das Heerwesen beziehen, z. B. auf die Bereitstellung der Armee, etwa Vorschriften über das Pferdestellungswesen, sofern ein diesbezüglicher allgemeiner, öffentlich bekanntgemachter Befehl vorliegt.

[38] Prot. ExpKomm 3. Sitzung (7. Nov. 1917), S. 13 f., und 5. Sitzung (9. Nov. 1917), S. 6 f.

hier um Blankettbestimmungen. Die Tatbestände, für die die Strafdrohungen gelten, sind in anderen Erlassen umschrieben[39].

Außerdem wollen unsere Art. 107 und 108 MilStrG nur subsidiär gelten, d. h. sofern auf den konkreten zur Beurteilung stehenden Fall keine andere Strafbestimmung zutrifft[40].

[39] Diese wiederum verweisen in ihren Strafbestimmungen ausdrücklich auf die Art. 107 und 108 MilStrG.

[40] Auch diese Subsidiarität heben jene Erlasse ausdrücklich hervor.

Zweiter (dogmatischer) Teil

§ 5. Der Befehl im allgemeinen

Wird jemand im täglichen Leben von einer anderen Person zu einem Verhalten, bestehe es in einem Tun oder Unterlassen, aufgefordert, so wird die darauf gerichtete Willensäußerung als Befehl bezeichnet. Das Unterscheidungsmerkmal gegenüber ähnlichen Erscheinungen, wie Bitte, Wunsch, Ermahnung, Aufforderung u. dgl. besteht nicht etwa darin, daß derartige Fälle der gebietenden bzw. verbietenden Form ermangelten. Denn dies kann auch beim eigentlichen Befehl zutreffen : wenn er sich nämlich in der Form einer Bitte, eines Wunsches usw. kleidet. Wie denn überhaupt die formelle Beschaffenheit des Befehls für dessen Begriff unwesentlich ist. Das allein maßgebende Abgrenzungskriterium liegt im Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen demjenigen, von dem die Willensäußerung ausgeht, und dem anderen, an den sie gerichtet wird. Meistens wird es sich um rechtliche Beziehungen handeln, solche des privaten oder des öffentlichen Rechtes, beruhend auf Vertrag oder Gesetz, so das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern, Lehrherrn und Lehrling, Arbeitgeber und Arbeitnehmer, Beamtenhierarchie usw. Dieses Verhältnis braucht aber kein rechtliches zu sein, kann sogar überhaupt nur vorgeschützt sein. Allenfalls genügt schon ein tatsächlich vorhandenes Verhältnis von Über- und Unterordnung, wonach sich eine Person dem Willen einer anderen unterworfen hat, und zwar allgemein, ohne Beschränkung auf einzelne Fälle oder Beziehungen. (Denn sonst müßte auch der Gläubiger dem Schuldner « befehlen » können — eine durchaus unzutreffende und dem täglichen Sprachgebrauch zuwiderlaufende Ausdrucksweise.)

Dem Befehl begriffswesentlich ist schließlich die ihm innewohnende Tendenz zur zwangsmäßigen Durchsetzung, ohne daß im Einzelfalle dem Befehlsgeber die Möglichkeit hierzu zu Gebote zu stehen braucht. Hingegen ist die Befehlsbefugnis auf der einen und die Befolgungspflicht auf der andern Seite lediglich für die Frage der Verbindlichkeit des Befehls von Bedeutung, nicht aber schon für dessen Begriff.

Im Sinne vorstehender Ausführungen kann der Befehl im allgemeinen definiert werden als eine mit der Tendenz zur Zwangsverwirklichung ausgestattete Willensäußerung jemandes, durch die eine zu diesem im Verhältnis tatsächlicher, rechtlicher oder vermeintlicher Unterordnung stehende Person zu einem Tun oder Unterlassen angehalten wird.

Wie jeder Befehl setzt auch der militärische Befehl begrifflich ein Über- und Unterordnungsverhältnis voraus. Mit Rücksicht auf den Zweck der Armee, den Schutz des Landes gegen äußere Angriffe zu verbürgen.

ist das Bestehen jenes Verhältnisses unerläßliche Voraussetzung. Diese Über- und Unterordnung wird dadurch erreicht, daß der Übergeordnete das Recht und die Pflicht hat, dem Untergeordneten Befehle zu erteilen, denen zu gehorchen der Untergeordnete verpflichtet ist. Bevor im einzelnen auf den militärischen Befehl eingegangen werden kann, ist im folgenden zunächst über Vorgesetzte und Untergebene zu sprechen.

§ 6. Vorgesetzte

In der schweizerischen Militärhierarchie werden Personen, die anderen übergeordnet sind, teils « Höhere », teils « Vorgesetzte » genannt. Dem mit militärischen Verhältnissen wenig Vertrauten mag es scheinen, daß beides zwei verschiedene Bezeichnungen für einen und denselben Begriff seien. Dies trifft aber in keiner Weise zu. Das MilStrG selbst umschreibt diese Begriffe nicht, verwendet sie aber des öftern[41].

1. Höherer ist jeder, der einen Grad bekleidet, gegenüber dem im Grade Nachstehenden und gegenüber dem Soldaten. Das Verhältnis wird begründet durch die von Art. 63 MilO festgesetzten Gradabstufungen :

a) Gefreiter.
b) Unteroffiziere : Korporal, Wachtmeister, Fourier, Feldweibel, Adjutant-Unteroffizier.
c) Subalterne Offiziere : Leutnant, Oberleutnant.
d) Hauptmann.
e) Stabsoffiziere : Major, Oberstleutnant, Oberst, Oberstbrigadier, Oberstdivisionär, Oberstkorpskommandant, General.

Bei gleichem Grad bestimmt sich die Rangordnung nach dem Datum des Ernennungsaktes (Brevet), bei gleichem Ernennungsakt nach dem Lebensalter.

Der dienstlich Jüngere ist dem Dienstälteren gegenüber die Achtung schuldig.

2. Vorgesetzter im spezielleren Sinne ist jeder, dem Befehlsgewalt über einen anderen zusteht[42]. Der militärische Sprachgebrauch bezeichnet ihn als direkten Vorgesetzten. Dieses direkte Vorgesetztenverhältnis kann auf zweierlei Art entstehen :

[41] So in den Art. 18 I, 26 Ziff. 3, 62 I, 63 I, 65, 129 Ziff. 2 II, 131 Ziff. 2 II, 136 II, 148 Ziff. 1 II, 195 I, 205, 207.

[42] Vgl. MKG II Nr. 66 (6. März 1940) : « Il faut entendre par « chef » dans la terminologie du CPM, la personne qui, dans le cadre de l'armée, a un pouvoir de commandement, en d'autres termes, un chef militaire. »

a) Die Kommandogewalt wird ausdrücklich übertragen[43], sei es dauernd, indem Dienstvorschriften oder Reglemente einen «Höheren» mit Aufgaben betrauen, die seiner Dienststellung entsprechen, oder aber vorübergehend zur Lösung einer ganz bestimmten, zeitlich begrenzten Aufgabe. In beiden Fällen besteht das direkte Vorgesetztenverhältnis auf Grund besonderer Dienststellung und besteht nur für die Dauer und den Umfang des Dienstverhältnisses, durch das es begründet wird. Der Vorgesetzte soll tunlichst einen höheren oder zumindest gleichen Rang wie die ihm Untergebenen bekleiden oder hierfür die entsprechende Ausbildung absolviert haben. Auch an Mannschaften kann über andere Mannschaften Befehlsbefugnis übertragen werden. Zur Übertragung auf längere Dauer (z. B. Kantonnementschef) sind nur die mit Disziplinargewalt ausgestatteten Vorgesetzten[44] berechtigt, unter schriftlicher oder mündlicher Bekanntgabe an die Betroffenen. Für einzelne Dienstverrichtungen dagegen (z. B. zum Zurückführen einer Abteilung vom Schießstand) kann vorübergehende Befehlsbefugnis von jedem Vorgesetzten in geeigneter, wenn auch formloser Weise übertragen werden.

b) Den Fall stillschweigender gesetzlicher Übertragung der Kommandogewalt sieht Art. 64 MilO vor[45]. Ist eine Kommandostelle vorübergehend nicht besetzt, so hat der nächste Untergebene deren Obliegenheiten zu erfüllen, sofern nicht ein Stellvertreter besonders bezeichnet worden ist. Gemäß dieser Bestimmung, die wohl nur in Kriegszeiten praktisch werden kann, ist der zum voraus bezeichnete Stellvertreter, und wo dies nicht zutrifft, der dienstälteste Offizier oder Unteroffizier verpflichtet, das Kommando zu übernehmen. Auch hier entsteht mit dem Moment der Übernahme und deren Bekanntgabe an die Beteiligten die Vorgesetzteneigenschaft des das Kommando Übernehmenden jenen gegenüber. Sie begründet das Recht, Dienstbefehle zu erteilen.

3. Für die militärischen Wachen (Schildwachen, Wachtpatrouillen) sind direkte Vorgesetzte nur die ihnen im Wachtdienst vorgesetzten Personen. Nach DR Ziff. 204 sind Wachtvorgesetzte neben dem Wachtkommandanten nur der Ortskommandant und der in seinem Auftrag tätige Rondeoffizier, der sich den Wachen gegenüber durch schriftlichen Befehl (Rondebefehl) auszuweisen hat. Sonstigen direkten Vorgesetzten steht die Disziplinargewalt zu, sowie die Befugnis, den Wachen Belehrungen und Rügen zu erteilen, sofern es sich um Nichtbeachtung der vorgeschriebenen Formen des Wachtdienstes handelt. Daneben besteht

[43] Vgl. DR Ziff. 10 II.
[44] Art. 195 ff. MilStrG.
[45] Vgl. auch DR Ziff. 10 III.

das Recht der im Rang Höherstehenden auf Achtung. Ausgeschlossen bleibt die eigentliche Befehlsgewalt, die als « ruhend » angesehen wird.

Den Wachen selbst wird zum Schutze ihrer dienstlichen Autorität und innerhalb der Grenzen ihrer Befugnisse die Vorgesetzteneigenschaft eingeräumt. Es steht ihnen das Recht zu, mit Beschränkung auf ihre Wachdienstfunktionen jedem, die Offiziere eingeschlossen, Dienstbefehle zu erteilen; ausgenommen bleiben die Wachtvorgesetzten selbst.

Sind die Wachen Vorgesetzte, oder wird diese Eigenschaft bei ihnen nur fingiert ? Die herrschende Lehre vertritt die Fiktionstheorie[46]. Daß auch unser MilStrG auf diesem Boden steht, geht u. E. aus der Fassung des Art. 65 MilStrG hervor. Danach werden Delikte gegen die Wache « gleich bestraft, *wie wenn* die Handlung gegenüber einem Vorgesetzten oder Höheren begangen worden wäre ».

§ 7. Untergebene

Im militärischen Verhältnis der Über- und Unterordnung wird derjenige, der überhaupt tauglicher Empfänger eines Befehls in Dienstsachen sein kann, « Untergebener » genannt. Untergeben sein heißt — schon dem Wortsinn gemäß —, zu einem anderen im Verhältnis der Unterordnung stehen. Militärrechtlich ist dieser Begriff jedoch relativ. Der einer Person Untergeordnete kann seinerseits einer anderen übergeordnet sein. Das konkrete Verhältnis im Einzelfalle wird durch die jeweilige dienstliche Funktion wie durch die Dienstvorschriften und besondere Anordnungen der zuständigen Stellen begründet.

Diese allgemeine Charakteristik läßt sich wohl dahin präzisieren. daß Untergebener ist, wer sich des militärischen Ungehorsams im Sinne des Art. 61 MilStrG schuldig machen kann[47]. Zur Hauptsache kommen folgende Personenkategorien in Betracht:

[46] Vgl. neuestens Dams, S. 28, und Schwinge, S. 284, der mit Recht darauf hinweist, daß im militärischen Leben « Vorgesetzte und Wacheigenschaft als etwas durchaus Verschiedenartiges gewertet werden — eine Lebenstatsache, an der das Militärstrafrecht nicht achtlos vorübergehen darf. » Als Vertreter der gegenteiligen Ansicht sei Schmidt, S. 66 f., genannt : « Die Befehlsbefugnis auch im Range höheren Soldaten gegenüber im Rahmen des Wachdienstes, steht völlig fest : daß anderseits aus dem allgemeinen Vorgesetztenverhältnis ranghöherer Soldaten den Wachen gegenüber eine Befehlsbefugnis insoweit nicht abgeleitet werden darf, als dies im Widerspruch zu der Befehlsbefugnis der Wache stehen würde, ist ebenfalls durchaus anerkannt. Warum demgemäß die Wachen nicht Vorgesetzte sein sollen, ist nicht erfindlich... Also : die militärischen Wachen sind Vorgesetzte aller anderen Soldaten (mit Ausnahme der Wachvorgesetzten) im Rahmen der Wachdienstfunktionen. »

[47] Insoweit fällt die Frage nach der Eigenschaft als militärischer Untergebener mit der Frage nach dem persönlichen Geltungsbereich des MilStrG zusammen. Eine erschöpfende Behandlung ist hier nicht beabsichtigt, vgl. hierüber die Monographien von Schumacher und Grabemann. Es dürfte wohl genügen, wenn auf die für unseren Zusammenhang wichtigsten Fälle kurz hingewiesen wird.

1. An erster Stelle sind die Militärpersonen zu nennen, « Personen, die sich im Militärdienst befinden » (Art. 2, Ziff 1 MilStrG). Es sind dies vor allem Angehörige des schweizerischen Heeres[48] während der Dauer[49] des Militärdienstes. Letzterer kann definiert werden als der Dienst, den der Wehrmann unter militärischem Kommando und unter militärischer Disziplin leistet, Freizeit, Urlaub usw. eingeschlossen[50].

2. Als Militärdienst gilt auch die Tätigkeit des Festungswachtkorps. Es handelt sich hier zwar nicht um eine gesetzliche Dienstpflicht, da die Fortwächter in einem öffentlichrechtlichen Anstellungsverhältnis zum Bunde stehen. Doch wird hier eine militärisch derart wichtige Aufgabe und unter militärischer Disziplin wie Bewaffnung erfüllt[51], daß die Gleichstellung mit den eigentlichen Militärpersonen durchaus gerechtfertigt erscheint[52].

3. Das gleiche gilt aus ähnlichen Erwägungen und nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift für das eidg. Grenzwachtkorps[53].

4. Des Ungehorsams nach Art. 61 MilStrG können sich in ihrer Eigenschaft als Untergebene schuldig machen Dienstpflichtige[54] außerhalb des Dienstes[55]. Kommen sie einem konkreten an sie gerichteten Befehle nicht nach, so begehen sie eine auf ihre außerdienstlichen Pflichten bezügliche strafbare Handlung.

[48] Die Zusammensetzung des schweiz. Heeres umschreibt Art. 38 MilO. Aufgezählt sind : 1. die Kommandostäbe; 2. der Generalstab; 3. die einzelnen Truppengattungen; 4. die Dienstzweige; 5. die Hilfsdienste. Das Heer umfaßt nicht nur die im Auszug, in der Landwehr oder im Landsturm eingeteilten, sondern alle im Militärkleid unter Waffen Stehenden, so die Instruktoren und Rekruten vor ihrer Einteilung in eine Einheit, wie die zur Disposition gestellten Offiziere. Über die gleiche Behandlung der Leiter militärischen Vorunterrichtes vgl. Schumacher, S. 110, und Grabemann, S. 37.

[49] Sie geht jeweilen vom Einrückungstag bis zum Tag der Entlassung. Im Dienst befindlich sind auch Wehrmänner, die « großen Urlaub » haben, MKG I Nr. 65 (BGE 57 I, S. 213 : 15. Juli 1931).

[50] Vgl. auch VO über die Hilfsdienste vom 3. April 1939 (AS n. F. 55, S. 349) . Art. 25 : Die Hilfsdienstpflichtigen und freiwillig Hilfsdienstpflichtigen sind Wehrmänner; als solche gelten auch die weiblichen Hilfsdienstpflichtigen. Art. 30 I : Der vom Hilfsdienstpflichtigen geleistete eidgenössische Dienst ist Militärdienst.

Gesetzmäßiger Dienst ist auch der Dienst, den Wehrmänner freiwillig oder auf Grund eines Befehles über den Wiederholungskurs ihrer Einheit hinaus leisten, MKG I Nr. 35 : 13. März 1933.

[51] Vgl. Art. 5 des BRB über das Festungswesen (AS n. F. 57 II, S. 729) : Dem Festungswachtkorps liegt ob : a) Die Bewachung der Befestigungsanlagen und deren teilweise Besetzung und Verteidigung bis zum Eintreffen der Kriegsbesatzung sowie die Mitwirkung als Teil derselben.

[52] Vgl. hierüber im einzelnen Schumacher, S. 104 ff.

[53] Art. 2 Ziff. 6 MilStrG, vgl. Schumacher, S. 141 ff. Grabemann, S. 48 ff.

[54] Dienstpflichtiger ist jeder zur persönlichen Leistung des Militärdienstes Wehrpflichtige (im Gegensatz zum bloß Militärsteuerpflichtigen, sei er dienstuntauglich oder hilfsdienstpflichtig), vgl. Schumacher, S. 111, 119.

[55] Art. 2 Ziff. 4 MilStrG.

5. Auch die Pflichten des Stellungspflichtigen sind außerdienstlicher Natur[56]. Sowohl während des Aushebungsgeschäftes selbst als auch außer der Zeit des eigentlichen Stellungsaktes mit Bezug auf die Stellungspflicht sind direkte an ihn gerichtete Befehle der Aushebungsbehörde denkbar. Leistet er ihnen nicht Folge, so untersteht er der Strafsanktion des Art 61 MilStrG.

6. Für die Zeiten aktiven Dienstes unterstehen dem MilStrG, wenn und soweit der BR die Unterstellung beschließt[57], folgende Zivilpersonen[58]:

die Beamten, Angestellten und Arbeiter:

der Militärverwaltungen des Bundes und der Kantone mit Einschluß der Militäranstalten und Militärwerkstätten; der Eisenbahnen und der anderen öffentlichen Verkehrsanstalten;
von lebenswichtigen Einrichtungen und Betrieben, insbesondere von Wasserversorgungen, Wasserwerken, Elektrizitätswerken, Gaswerken und Spitälern[59].

So wird z. B. Ungehorsam eines Spitalangestellten gegenüber dem Chefarzt gemäß Art. 61 in Verbindung mit Art. 236 II MilStrG geahndet[60].

7. Ebenfalls für die Zeiten des Aktiv-Dienstes kann der BR internierte Militär- und Zivilpersonen dem MilStrG unterstellen[61].

8. Nach Art. 5 des BRB betr. Luftschutzorganisationen während des Aktivdienstzustandes[62] sind die Angehörigen des Luftschutzes dem

[56] Art. 2 Ziff. 5 MilStrG.

[57] Vgl. BRB vom 18. September 1933 über Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 Ziff. 3 MilStrG (AS n. F. 49, S. 763).

[58] Art. 3 Ziff. 3 MilStrG.

[59] Für die Dauer des gegenwärtigen Aktivdienstes sind durch BRB vom 29. August 1939 (AS n. F. 55, S. 748) außer den im Text genannten eine stattliche Reihe weiterer Personenkategorien dem MilStrG unterstellt worden, Art. 2.

[60] Über den kriminalpolitischen Grund dieser Vorschrift sagt treffend Schumacher, S. 157: « Es ist von größter Bedeutung, daß der Staat in den gefahrvollen Tagen eines Aktivdienstes unbedingt auf die zuverlässige Pflichterfüllung und Dienstbereitschaft des Personals ... zählen kann. Von (ihm) hängt in hervorragender Weise ein gesicherter Aufmarsch der Armee bei der Mobilmachung und ein reibungsloser Nach- und Rückschub während des Aktivdienstes ab. Um dafür eine sichere Garantie zu haben, sind alle hier in Frage kommenden Personen für die Zeiten des Aktivdienstes dem strengeren Recht des MilStrG unterworfen. »

[61] So BRB über Strafbestimmungen für die Hospitalisierung vom 6. August 1941 (AS n. F. 57 II, S. 837), vgl. Schumacher, S. 160: « Die Begründung dieser Tatsache kann darin gefunden werden, daß in Interniertenlagern militärische Verhältnisse mit der gleichen Disziplin und Zucht wie im Felde und in der Kaserne herrschen müssen, um Ordnung und einen geregelten Dienstbetrieb zu gewährleisten. »

[62] Vom 16. Februar 1940 (AS n. F. 56 I, S. 174).

MilStrG unterstellt. Die Unterstellung erstreckt sich auf Personen, die im Luftschutzdienste stehen, sowie auf solche Dienstpflichtige, die außerhalb des Dienstes in Uniform auftreten oder dienstliche Pflichten zu erfüllen haben. Der Tatbestand unseres Art. 61 MilStrG gehört nach ausdrücklicher Vorschrift mit zu den Delikten, auf die sich diese Unterstellung sachlich bezieht.

9. Befindet sich die Schweiz im Kriege, oder bei unmittelbar drohender Kriegsgefahr, wird der persönliche Geltungsbereich des MilStrG auf die in Art. 4 MilStrG genannten Personen ausgedehnt. Von ihnen kommen für uns namentlich die unter Ziff. 1 und 3 Genannten in Betracht: Personen, die dem Heere folgen und Kriegsgefangene[63].

§ 8. Der Befehl in Dienstsachen

Im Anschluß an unsere bisherigen Erörterungen über den Begriff des Befehls im allgemeinen (§ 5) und über die Begriffe « Vorgesetzter » (§ 6) und « Untergebener » (§ 7) läßt sich der Begriff des militärischen Befehls kurz folgendermaßen definieren: Ein militärischer Befehl ist die dienstliche Anordnung eines Vorgesetzten an einen Untergebenen.

I. Unser Art. 61 MilStrG spricht von einem « Befehl in Dienstsachen ». Demgegenüber ist in Art. 18 MilStrG, der uns in anderem Zusammenhange noch beschäftigen wird[64], von einem « dienstlichen Befehl » die Rede. Handelt es sich hier um zwei Bezeichnungen für einen und denselben Begriff, oder meint das MilStrG in jedem dieser Fälle etwas sachlich Verschiedenes? Diese Frage hat bereits in früheren Jahren einer lebhaften Kontroverse in der deutschen Literatur gerufen, da auch das deutsche MilStrG sowohl von Dienstbefehlen als auch von Befehlen in Dienstsachen handelt. Die heute wohl als herrschend zu bezeichnende Meinung geht dahin, daß unter Berücksichtigung der militärischen Interessen und des ganzen Sinnes des MilStrG beide Begriffe als identisch anzusehen seien; so auch das Reichsmilitärgericht in ständiger Rechtsprechung[65]. Diese Auslegung kann unbedenklich auch für unser MilStrG übernommen werden, und es ist kaum zu erwarten, daß abweichende Theorien vertreten werden, geschweige Anklang finden könnten. Immerhin wäre eine einheitliche Ausdrucksweise vorzuziehen gewesen.

Unser Artikel unterscheidet zwei Erscheinungsformen des Befehls in Dienstsachen:

[63] Vgl. hierüber im einzelnen Schumacher, S. 185 ff., 178 ff. und Grabemann, S. 101 ff.

[64] Vgl. unt. § 11.

[65] Vgl. die Zitate bei Dams, S. 30, Anm. 155.

1. Die individuelle Befehlserteilung. Es sind dies Befehle, die sich direkt an einen bestimmten Einzelnen oder an eine individuell bestimmte Personenmehrheit, etwa eine Patrouille, richten.

2. Die Befehlserteilung « an eine Truppe » als eine Mehrheit von Diensttuenden. Auch hier sind letzten Endes die Einzelnen als Empfänger eines solchen Befehles gemeint, doch ist dieser nicht persönlich und unmittelbar an jeden von ihnen gerichtet. Wird z. B. für eine Truppe Generalmarsch geblasen, so kann sich der Einzelne nicht damit ausreden, es sei kein Befehl direkt an ihn ergangen. Vielmehr macht er sich des Ungehorsams schuldig, wenn er jenem Befehle nicht gehorchen sollte. Die Ergänzung des herkömmlichen Tatbestandes nach dieser Richtung bezweckt, Auslegungsschwierigkeiten von vornherein zu beseitigen[66]. Daß diese trotzdem sich ergeben können, zeigt ein instruktiver Fall aus der neuesten Praxis des MKG :

Fahrer J., der im Sommer 1941 in einer Batterie Aktiv-Dienst leistete, rückte an einem bestimmten Tage zur frühen Morgenstunde zu dem laut Tagesbefehl angeordneten Fußexerzieren nicht ein. Er wurde wegen Ungehorsams gemäß Art. 61 MilStrG vor Gericht gestellt. Das DivGer qualifizierte das Verhalten des J. als Ungehorsam, was vom Angeklagten bestritten wurde. Neben verschiedenen, teils sehr sonderbaren Begründungen für sein Fernbleiben machte er geltend, er habe vor jenem Tage immer das Abwaschen und die Kantonnementsordnung besorgt; der allgemeine Tagesbefehl sei deshalb für ihn nicht verbindlich gewesen. Das MKG hob das Urteil des DivGer mit folgender Begründung auf : « Sowohl der Batteriekommandant wie auch die Vorinstanz haben nicht berücksichtigt, daß J., was nicht bestritten ist, vorher während der fraglichen Tagesstunden immer mit besonderen Verrichtungen im inneren Dienst betraut gewesen war. Bei dieser Sachlage war aber der allgemeine Tagesbefehl für ihn mit Bezug auf denjenigen Zeitraum, in welchem er seine Sonderfunktionen auszuüben pflegte, so lange nicht verbindlich, als nicht durch einen an ihn persönlich gerichteten bestimmten Befehl diese Spezialaufgabe ausdrücklich widerrufen wurde »; einen derartigen Sonderbefehl anzunehmen, lägen aber in casu keinerlei Anhaltspunkte vor. Daher sei J. von der Anklage wegen Ungehorsams freizusprechen[67].

II. Um gültig zu sein, muß der Befehl in Dienstsachen gewissen Erfordernissen genügen. Sie sind teils formeller, teils materieller Natur :

a) Wie zum Begriff des Befehls im allgemeinen eine bestimmte Form nicht erforderlich ist[68], so auch für den Befehl in Dienstsachen.

[66] Vgl. VE, S. 67, und StenBull StR 1921, S. 436, MKG I Nr. 46 : 22. Januar 1934.
[67] Entscheid vom 23. Dez. 1941 (unveröffentlicht).
[68] Vgl. oben, S. 19.

Er kann auf verschiedene Weise erteilt werden : mündlich oder schriftlich; er kann sich äußerlich als Bitte, Wunsch, Erwartung, Frage usw. darstellen, sich sogar in einer konkludenten Handlung kundtun, etwa durch Zeichen (Säbelzeichen, Pfeifensignale u. dgl.)[69]. Immer aber muß der Vorgesetzte den Willen zum Befehlen gehabt haben, wonach der Untergebene zu einem Tun oder Unterlassen angehalten werden sollte. Sodann ist erforderlich, daß dieser Wille dem Untergebenen deutlich erkennbar war[70].

Letzteres ist insbesonders für den « an eine Truppe » gerichteten Befehl von praktischer Bedeutung. Es liegt in der Natur der dienstlichen Verhältnisse begründet, daß von einem solchen Befehl nicht alle Betroffenen direkt Kenntnis bekommen. Häufig geschieht dies durch Weitersagen. Der auf diese Weise indirekt Benachrichtigte gilt als Befehlsempfänger, sobald es feststeht, daß ihm der Inhalt unmißverständlich übermittelt wurde. Daß der Befehl auch gerade für ihn gelten sollte, kann er auch bloß aus den konkreten Verumständungen des Einzelfalles zwingend geschlossen haben. Bei Nichtbefolgung wäre hier der objektive Tatbestand des Ungehorsams erfüllt[71].

b) Materielle Voraussetzungen eines Befehls in Dienstsachen sind alle diejenigen objektiven Tatsachen, die die Befehlsbefugnis (und Befehlspflicht) des Vorgesetzten begründen. Die ihm jeweilen zustehende Kommandogewalt berechtigt ihn, alles zu befehlen, was der Dienstbetrieb erheischt. Seinem pflichtmäßigen Ermessen ist großer Spielraum gegeben. Entscheidend bleibt stets die Rücksichtnahme auf die Erfordernisse des militärischen Dienstes.

Eine Abgrenzung ist gegenüber den Befehlen in Privatsachen vorzunehmen. Die Unterscheidungsmerkmale lassen sich aus der Gegenüber-

[69] Vgl. hiezu Eberle, S. 20 : « Die heutige Kampfart schließt eine bestimmte Form der Befehle immer mehr aus. Die rote Leuchtrakete, die ein vorbereitetes Artilleriefeuer auslösen soll, ist ebensogut ein Dienstbefehl wie die telephonische Anforderung einer Artillerieunterstützung. Das moderne Kampfverfahren mit dem auf das höchste gesteigerten Schlachtlärm wird im Gefecht oft nur noch Befehle durch Zeichen zulassen; man muß geradezu verlangen, daß ein gut ausgebildeter Soldat fähig ist, dem Vorgesetzten in solchen Lagen die Befehle von den Augen abzulesen. »

[70] Das MKG verlangt für die Art und Weise der Bekanntgabe die Gewähr, « daß bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit jedermann, an den sich der Befehl wendet, ihn erkennen kann » (Z 31, S. 379, Urteil vom 20. Februar 1918). Vgl. ferner DR Ziff. 35 IV und V.

[71] Vgl. MKG I Nr. 46 : 22. Jan. 1934. Ein Korrektiv gegen allfällige Härten bietet Art. 17 MilStrG. Der Angehörige einer Truppe kann geltend machen, daß er sich im Irrtum befand darüber, ob der an die Truppe gerichtete Befehl gerade auch ihn binde. Geschah dies aus zureichenden Gründen, so kann der Richter nach freiem Ermessen die Strafe mildern, oder von einer Bestrafung Umgang nehmen.

stellung der Begriffe Dienst und Privatleben gewinnen. Allen Befehlen, die irgendwie auf das militärische Dienstverhältnis Bezug haben (Dienstbefehle), stehen die anderen gegenüber, die das private, d. h. außerdienstliche Leben beschlagen (Befehle in Privatsachen). Doch wird die Grenze manchmal schwer zu ziehen sein. Im letzten Grunde entscheidet das militärische Leben selbst, ob dem Einzelfalle der Charakter einer Dienstsache oder aber einer Privatangelegenheit zukomme. Mit Rücksicht darauf, daß das militärische Dienstverhältnis auch einen großen Teil des Privatlebens in seinen Bereich einzubeziehen pflegt, sind unschwer Fälle denkbar, wo eine an sich private Sache, gleichsam durch Reflexwirkung, zu einer dienstlichen wird. So ist die Sorge um das körperliche Wohl zunächst Privatsache des Soldaten. Aber auch dem Vorgesetzten kann dies nicht gleichgültig sein. Daher wird ein Befehl, der bestimmt ist, den Untergebenen vor Schaden zu bewahren, wegen der aufgezeigten mittelbaren Beziehung zum militärischen Dienst als ein Befehl in Dienstsachen anzusprechen sein[72]. Für reine Privatangelegenheiten bleibt nur soweit Raum, als überhaupt keine Beziehungen zur Aufsicht und Fürsorge für das außerdienstliche Verhalten nachweisbar wären.

« Die Gefahr, daß der Schweizer Militärrichter in der Annahme, es liege ein „Befehl in Dienstsachen" vor, zu weit geht, ist gering; er weiß wohl genau, daß der Vorgesetzte nur dann einen solchen Befehl erteilt, wenn er ein Verhalten fordert, das aus dem Wesen des militärischen Dienstes heraus gerechtfertigt ist[73]. »

§ 9. Die Handlung

Das Delikt des Ungehorsams wird nach der tatbestandlichen Fassung des Art. 61 MilStrG dadurch begangen, daß einem Befehl in Dienstsachen « nicht gehorcht » wird. Der Gesetzgeber war sich der mannigfachen Art und Weise, wie das Delikt begangen werden kann, durchaus bewußt. Im alten MilStrG besaß er das Vorbild reichhaltiger Kasuistik.

[72] So auch Befehle, die der Aufrechterhaltung der Disziplin auf der Straße gelten, oder dem Verhalten in öffentlichen Lokalen, oder in bezug auf wirtschaftliche Verhältnisse : diese und weitere Beispiele zitiert Dams, S. 21, aus deutscher Theorie und Militärgerichtspraxis; vgl. auch Eberle, S. 27.

[73] Botsch., S. 363. Vgl. aus neuester Zeit Urteil des DivGer 9A vom 17. September 1941. Ein Befehl des Oberbefehlshabers der Armee vom 17. Mai 1941 betr. den militärischen Verkehr mit dem Ausland verbietet allen im Militärdienst stehenden Offizieren, Unteroffizieren, Soldaten und Hilfsdienstpflichtigen, ohne Bewilligung in irgendeiner Weise mit ausländischen Stellen zu verkehren. Zur Not läßt sich ein solcher Befehl, da an sämtliche Kommandostellen bis zur Einheit adressiert, als ein « an eine Truppe » gerichteter Befehl im Sinne des Art. 61 MilStrG qualifizieren. Er ist aber nicht « in Dienstsachen » ergangen, « da er sich nicht nur auf den Verkehr mit ausländischen Stellen in militärischen Dingen bezieht ».

Es gab dort neben dem Grundtatbestand[74] und seiner Qualifikation[75] noch sieben besonders geregelte Ungehorsamsvergehen[76]. Kasuistik ist für die Kodifikationen früherer Jahre überhaupt charakteristisch. Im Bestreben, alle strafwürdigen Fälle auch wirklich erfassen zu können, glaubte man in jener Methode das zweckmäßigste gesetzestechnische Mittel zu besitzen. Das mag im Zeitpunkt der Kodifizierung seine Gültigkeit haben. Wie aber, wenn das kriminelle Verhalten sich nachträglich in Formen äußert, die der Gesetzgeber nicht regeln konnte, weil sie zu jener Zeit noch nicht bekannt waren? Es kam vielfach dazu, daß zweifellos strafwürdige Fälle straflos ausgehen mußten, weil sie von der Kasuistik nicht erfaßt waren. Oder man sah sich zu gewagten, juristisch unhaltbaren Konstruktionen genötigt, um wenigstens in krassesten Fällen die Subsumtion zu ermöglichen. Diese Erfahrungen haben den modernen Gesetzgeber veranlaßt, von der kasuistischen Methode grundsätzlich abzugehen und genereller Tatbestandsformulierung den Vorzug zu geben[77]. In diesem Sinne wird auch die Ungehorsamshandlung ganz allgemein als ein « Nichtgehorchen » umschrieben[78].

Mit Beschränkung auf die typischen Fälle[79] läßt sich über dieses Tatbestandsmerkmal folgendes sagen :

Nicht gehorchen kann man auf zweifache Art. Entweder wird Verbotenes getan, oder aber Gebotenes unterlassen. Eine dieser beiden Verhaltungsweisen bilden den Inhalt eines jeden Befehls. Jeder erhaltene Befehl ist « so gut und so rasch als möglich auszuführen ». Es entspricht dies dem Wesen des militärischen Dienstes. Soll eine Truppe die ihr übertragene Aufgabe erfüllen, so muß ihr Vorgesetzter mit pünktlicher und gewissenhafter Ausführung seiner Befehle rechnen können. Dies zu tun, ist somit der Untergebene verpflichtet. Wird ein Befehl erteilt, der unverzüglich zu befolgen ist, und wird dieser zwar ausgeführt, aber zögernd, so ist dies ein strafbares Nichtgehorchen. Schnellste Befolgung erheischt auch ein Befehl, dessen Ausführung an eine Bedingung geknüpft ist, sobald diese eintritt. Wird ein Befehl an eine Mehrheit von Untergebenen gerichtet, und hängt die Handlung des einen von der vorausgehenden Tätigkeit des anderen ab, so darf jener mit der Ausführung so lange warten, bis dieser seinerseits zuerst tätig geworden ist. Hier ist das Abwarten nicht nur keine Ungehorsamshandlung, sondern im Gegen-

[74] Art. 62.

[75] Art. 63.

[76] Art. 44 lit. f, 64, 67, 72, 76, 86, 90.

[77] Vgl. unt., S. 44.

[78] Vgl. Botsch., S. 364 : « Ein neues Gesetz braucht solche Sonderfälle, die alle im Grundtatbestand aufgehen, nicht zu nennen. Sie sind immerhin für die weitgehende Verschiedenheit, die bei Verübung des Ungehorsamsdeliktes zutage treten kann, charakteristisch ».

[79] Ausführliche Erörterungen finden sich bei Nanz, S. 118 ff.

teil Pflicht des Untergebenen. Ist der Untergebene mit der Ausführung eines Befehls beschäftigt und ergeht an ihn vor Beendigung dieser Aufgabe ein neuer Befehl, so soll der Vorgesetzte auf diesen Sachverhalt aufmerksam gemacht werden. Wird der neue Auftrag bestätigt, vom Untergebenen aber trotzdem nicht ausgeführt, so ist damit das Tatbestandsmerkmal des Nichtgehorchens erfüllt[80]. Dem Untergebenen steht nicht das Recht zu, Gegenvorstellungen gegen einen Befehl zu erheben, wenn dieser ihm unangebracht erscheint[81]. Denn es ist Sache des Vorgesetzten, Angemessenheit und Nützlichkeit der Befehle zu prüfen, der Untergebene hat vertrauend zu gehorchen. Dies schließt aber nicht aus, daß der Vorgesetzte nach freiem Ermessen auf die Bitte des Untergebenen hin das Vorbringen solcher Gegenvorstellungen gestattet.

Vom Grundsatz unbedingten Gehorsams[82], der sich in pünktlicher und gewissenhafter Befehlsausführung äußert, gibt es nur vereinzelte Ausnahmefälle, in denen die Gewissenhaftigkeit gerade in einer von der befohlenen abweichenden Betätigung bestehen kann. Bleiben Befehle aus, so hat der Untergebene « auch von sich aus im Sinne des Willens des Vorgesetzten und zum Vorteil des Dienstes » zu handeln; so das Dienstreglement[83]. Wir schließen hieraus per analogiam : Auch erhaltene Befehle soll der Untergebene zum Vorteil des Dienstes nicht blindlings, sondern sinngemäß, d. h. im Sinne des Willens des Vorgesetzten ausführen. So kann sich der Untergebene unter Umständen veranlaßt sehen, einen Befehl nicht so auszuführen, wie er erteilt wurde, oder gar von der Ausführung überhaupt abzusehen. Zwei Beispiele mögen zur Veranschaulichung angeführt werden :

Seit der Erteilung des Befehles ist eine unvorhergesehene Änderung der Verhältnisse eingetreten. Es wäre sinnwidrig, eine Ortschaft befehlsgemäß unter Feuer zu nehmen, wenn inzwischen eigene Truppen, die von der entgegengesetzten Richtung operieren, dort eingedrungen sind. Statt, wie befohlen, eine Meldung auf dem kürzesten Weg zu überbringen, wird ein anderer, umständlicherer eingeschlagen, weil in der Zwischenzeit jener Weg blockiert wurde, etwa durch Lawinensturz. Gestattet es die Zeit, oder besteht sofortige Verständigungsmöglichkeit, so soll allerdings der Untergebene dem Vorgesetzten von der veränderten Sachlage Mitteilung machen und einen neuen Befehl erbitten. Ist dies aber undurchführbar, so bedeutet die Unterlassung bzw. die Modifikation der Befehlsausführung nicht ein eigenmächtiges Verhalten, das als « Nichtgehorchen » im Sinne des Art. 61 MilStrG zu qualifizieren wäre.

[80] Vgl. DR Ziff. 35 III.

[81] « Die persönliche Meinung des Untergebenen fällt nicht in Betracht. » DR Ziff. 35 I. Art. 18 MilStrG ist eine Ausnahmebestimmung, vgl. unt. § 11.

[82] DR Ziff. 35 I.

[83] DR Ziff. 35 II.

§ 10. Die Schuld

In der deutschen Theorie und Praxis herrschte lange Zeit Meinungsverschiedenheit darüber, ob das Delikt des Ungehorsams nach § 92 MilStrG nicht nur vorsätzlich, sondern auch fahrlässig begangen werden könne[84]. Für das schweiz. MilStrG wurde eine Regelung getroffen, die derartige Zweifel von vornherein ausschließt.

Nach Art. 15 I MilStrG ist ein Verbrechen oder Vergehen nur strafbar, wenn es vorsätzlich verübt wurde, es sei denn, daß das Gesetz ausdrücklich etwas anderes bestimmt. Für den Tatbestand unseres Art. 61 ist eine solche Sondervorschrift nicht aufgenommen worden, woraus sich mit aller nur wünschenswerten Klarheit ergibt, daß nur vorsätzliche Ungehorsamshandlungen mit Strafe bedroht sind.

Vorsätzlich wird ein Delikt begangen, wenn es vom Täter mit Wissen und Willen ausgeführt wurde[85]. In der Umschreibung des Vorsatzbegriffes hat sich der Gesetzgeber auf den Boden der Willenstheorie gestellt: Vorsätzlich handelt, wer die Tat, in der das Delikt besteht, in allen ihren gesetzlich fixierten Tatbestandsmerkmalen erkannt und den Erfolg gewollt hat. Nicht erforderlich ist die juristische Qualifikation der strafbaren Handlung, weil sonst der Kreis der Täter sich auf juristisch geschulte Personen beschränken müßte, was offensichtlich der ratio legis widersprechen würde[86].

Weniger eindeutig läßt sich aus Art. 15 MilStrG entnehmen, ob das Gesetz zur Annahme einer vorsätzlichen Deliktverübung das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fordere. Die Lösung ergibt sich, wenn jene Vorschrift derjenigen des Art. 17 MilStrG gegenübergestellt wird. Hier heißt es: Hat der Täter aus zureichenden Gründen angenommen, er sei zur Tat berechtigt, so kann der Richter die Strafe nach freiem Ermessen mildern oder von einer Bestrafung Umgang nehmen. Diese irrtümliche Annahme besteht aber in nichts anderem, als daß dem Täter das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fehlte[87]. In einem solchen Falle kann nach freiem richterlichem Ermessen auf Strafmilderung oder Straflosigkeit erkannt werden, die Tat selber wird aber als begangen betrachtet.

[84] Vgl. hiezu etwa Rieter, S. 74 ff.

[85] Art. 15 II MilStrG.

[86] « Il suffit que l'accusé ait consciemment et volontairement réalisé les éléments constitutifs matériels de l'infraction. La qualification exacte des actes commis... n'est pas, pour l'accusé, un élément de l'intention ». MKG II Nr. 109 (31. Okt. 1910).

[87] Dies wird erst dann anzunehmen sein, wenn der Täter nicht einmal das Empfinden gehabt hat, gegen das Recht zu verstoßen, sei es gegen subjektive Rechte anderer oder gegen allgemeine Gebote der Rechtsordnung, sei es auch ohne genaue Vorstellung ganz allgemein gegen das, was recht ist. Trifft dies nicht zu, so ist der Fall gleich zu behandeln, d. h. das Vorhandensein des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit zu bejahen, wie wenn der Täter die in Frage kommende Strafvorschrift gekannt oder sich deren Tragweite bewußt gewesen war, vgl. MKG II Nr. 110 (31. Oktober 1940).

Daraus ergibt sich : Für die Bejahung der vorsätzlichen Begehungsform ist das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht erforderlich. Eine entgegengesetzte Regelung wird in der neueren Theorie vielfach befürwortet. Unser MilStrG hat aber diesen Standpunkt so wenig zu dem seinigen gemacht, wie dies das bürgerliche StrG getan hat[88]. Mit der Bestimmung des Art. 17 hat es aber dieser Tendenz Rechnung getragen und damit den Grundsatz error iuris nocet in seiner Tragweite abgeschwächt[89].

§ 11. Rechtswidrige Befehle (Art. 18 MilStrG)

Der Fundamentalsatz in bezug auf das militärische Dienstverhältnis lautet : Der Untergebene ist gegenüber den Befehlen des Vorgesetzten zu unbedingtem Gehorsam verpflichtet[90]. Diese Gehorsamspflicht besteht immer, sobald es sich um rechtsmäßige Befehle handelt. Gäbe es dennoch Grenzen des militärischen Gehorsams, und wenn ja, wie sind diese zu ziehen ?

I. Man kann sich auf den Standpunkt stellen, daß grundsätzlich auch rechtswidrige Befehle für den Untergebenen verbindlich seien und die Grenzen militärischen Gehorsams mit folgender Beweisführung abzustecken suchen[91] :

Art. 61 MilStrG enthält keine Antwort auf die hier zu beantwortende Frage. Hingegen läßt Art. 18 MilStrG, der die Verantwortlichkeit bei Handeln auf Befehl regelt, auf das Bestehen jener Grenzen mittelbar schließen. Gemäß dieser Vorschrift ist der Untergebene strafbar wegen Begehung eines Deliktes auf dienstlichen Befehl, wenn er sich bewußt war, daß er durch die Befolgung des Befehls an einem Delikt mitwirkt. Daraus folgt, daß der Untergebene von der Gehorsamspflicht entbunden ist, sobald er sich des strafbaren Charakters der befohlenen Tat bewußt ist. Denn es könne doch nicht im Willen des Gesetzgebers liegen, jemanden zu einem Tun zu verpflichten und ihn hintendrein für diese Tat zu bestrafen. Nicht so sicher wie dieser Schluß von der Strafbarkeit der

[88] Vgl. Kommentar Thormann-v. Overbeck, N. 14 zu Art. 18 StrG.

[89] Vgl. MKG I Nr. 43 (9. Oktober 1933).

[90] Vgl. Ziff. IV der Kriegsartikel : Der Untergebene ist zum unbedingten Gehorsam verpflichtet, ferner DR Ziff. 35 I : Jeder Untergebene ist dem Vorgesetzten zu unbedingtem Gehorsam verpflichtet. Beim Fahneneid geloben Offiziere, Unteroffiziere und Soldaten, den Befehlen der Oberen genauen und pünktlichen Gehorsam zu leisten, DR Ziff. 26.

[91] Diesen Standpunkt vertritt neuerdings für § 47 des deutschen MilStrG Cron, S. 51 ff.

Befehlsausführung auf das Fehlen der Gehorsamspflicht wäre der umgekehrte Schluß von der grundsätzlichen Straflosigkeit des Untergebenen gemäß Art. 18 I MilStrG auf seine Gehorsamspflicht. Der Gesetzgeber kann den Untergebenen aus den verschiedensten Gründen für straflos erklärt haben, es muß dies nicht lediglich mit Rücksicht auf die seitens des Untergebenen erfüllte Rechtspflicht erfolgt sein. Das militärische Dienstverhältnis als ein auf straffster Disziplin beruhendes Verhältnis von Über- und Unterordnung erfordert unbedingten Gehorsam. Soll diese Regel von Ausnahmen durchbrochen werden, so bedarf es hierfür besonderer gesetzlicher Bestimmungen. Eine solche Ausnahmebestimmung, die von der Gehorsamspflicht entbindet, wäre allerdings unser Art. 18 MilStrG. Er umfaßt aber Übertretungen ebensowenig wie die Fälle, wo sich der Untergebene des deliktischen Charakters der Tat nicht bewußt war. Also gerade hier werde es klar, daß es rechtswidrige, für den Untergebenen verbindliche Befehle gibt.

Ist es aber nicht ein logischer Widerspruch, von Befehlen zu sprechen, die trotz ihrer Rechtswidrigkeit verbindlich sein wollen? Keineswegs, wird uns geantwortet. Das Recht, dem es obliegt, die staatliche Lebensgemeinschaft zu ordnen, sieht sich manchmal vor die Aufgabe gestellt, widerstreitende Interessen gegeneinander abzuwägen und das minder eingeschätzte dem höher bewerteten zu opfern. In unserem Falle besteht das Interesse des Einzelnen darin, daß rechtswidrigen Befehlen die Verbindlichkeit abgesprochen werde. Hingegen erfordert das Interesse der Allgemeinheit die Verbindlicherklärung auch des rechtswidrigen Befehls. In diesem Interessenkonflikt müsse sich das Recht zugunsten des Staatsinteresses entscheiden. Es wäre, so sagt man, um die militärische Disziplin schlecht bestellt, wenn dem Untergebenen das Recht zustünde, die erhaltenen Befehle auf ihre Rechtmäßigkeit zu prüfen. Das hieße die Befehlsausführung vom Belieben des Untergebenen abhängig machen, ihm die Möglichkeit geben, immer da, wo ihm ein Befehl nicht angenehm ist, sich damit auszureden, er hätte geglaubt, die anbefohlene Tat sei rechtswidrig und daher für ihn unverbindlich. In der Beurteilung unseres Problems sollte auch nicht zuletzt das zwischen Vorgesetzten und Untergebenen bestehende oder doch erhoffte Vertrauensverhältnis im Auge behalten werden. Der Vorgesetzte soll dem Untergebenen in jeder Beziehung ein Vorbild sein; der Untergebene soll zu ihm Vertrauen haben, insbesondere sich auf seine größere Dienstkenntnis verlassen und stets voraussetzen, daß jeder erteilte Befehl sachlich gerechtfertigt ist.

In bezug auf die Tat des Untergebenen wird dann folgerichtig angenommen, sie sei rechtmäßig. Er hat in Erfüllung seiner Gehorsamspflicht gehandelt, da ja auch der rechtswidrige Befehl für ihn verbindlich war.

II. Die in Ausführung eines rechtswidrigen Befehls begangene Handlung wäre rechtmäßig unter der Voraussetzung, daß der Befehl für den Untergebenen verbindlich ist. *Daß* er aber verbindlich ist, müßte somit zuerst bewiesen werden. Diesen Beweis bleibt uns die oben skizzierte Argumentation schuldig; er kann übrigens auch gar nicht erbracht werden.

Die Verbindlichkeit eines rechtswidrigen Befehls läßt sich allenfalls nicht aus der Straflosigkeit der Befehlsausführung gemäß Art. 18 MilStrG ableiten. Denn diese Straflosigkeit kann auf zweierlei beruhen : Einmal kann sie ihren Grund in der Rechtmäßigkeit der Ausführung haben, zum andern aber auch in der Schuldlosigkeit des Ausführenden. Welche dieser beiden Alternativen zutreffen, ergibt sich u. E. eindeutig aus Art. 18 II MilStrG : War sich der Untergebene der Rechtswidrigkeit des erteilten Befehls bewußt und führte er ihn trotzdem aus, so wird er hierfür mitverantwortlich. Das argumentum e contrario lautet demnach : Fehlt das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, wie sollte dieses subjektive Moment den Befehl aus einem rechtswidrigen zu einem rechtmäßigen machen ? Wird der Ausführende nicht zur Verantwortung gezogen, so kann der alleinige Grund dieser Unverantwortlichkeit im Mangel der Schuld gefunden werden.

Verbindlich kann nur der rechtmäßige Befehl sein; der rechtswidrige ist stets unverbindlich. Ihm gegenüber besteht keine Gehorsamspflicht [92]. «Ein auf Befehl eines militärischen Vorgesetzten begangenes Delikt ist stets objektiv rechtswidrig, fraglich bleibt allein, ob das Handeln auf Befehl schuldausschließend wirken muß. Das ist vom militärischen Standpunkt aus zunächst zu bejahen. In vielen Fällen wird es sich auch direkt feststellen lassen, daß der den Befehl ausführende Täter sich in einem Irrtum befindet. Allein die militärische Gehorsamspflicht muß an einem bestimmten Punkte ihre rechtliche Grenze finden. Sie kann dann nicht mehr gelten, wenn der Täter sich klar darüber ist, daß der Vorgesetzte auf die Begehung einer strafbaren Handlung abzielt, wenn er weiß, daß er durch die Befolgung des Befehls an einem Vergehen mitwirkt [93]. »

Der Irrtum des Untergebenen kann sich auf die Rechtmäßigkeit oder aber auf die Verbindlichkeit des Befehls beziehen. Im ersteren Falle erkennt er nicht den deliktischen Charakter der anbefohlenen Handlung und führt sie in der Meinung aus, sie sei rechtmäßig. Im zweiten Fall ist er sich über die Rechtswidrigkeit des Befehls im klaren.

[92] Vgl. Hafter, Prot. der ExpKomm. 6. Sitzung (13. April 1917), S. 73 : « Wird ein auf ein Verbrechen gerichteter Befehl nicht ausgeführt, wird dann wegen Insubordination bestraft oder nicht ? Nein, das braucht man nicht zu sagen, der den Befehl nicht Ausführende handelt eben nicht rechtswidrig.

[93] Botsch., S. 353.

hält ihn aber trotzdem für verbindlich. Hier wie dort hat der Täter nicht vorsätzlich gehandelt. Er bleibt straffrei, weil ihn keine Schuld trifft. Muß aber nicht der Täter gewisse Vorkehren treffen, um den Irrtum zu vermeiden ? Besteht nicht m. a. W. für ihn die Pflicht, erhaltene Befehle auf ihre Rechtmäßigkeit zu prüfen ?

Um die Antwort auf diese Frage zu finden, wollen wir die Entstehungsgeschichte des Art. 18 MilStrG zu Rate ziehen. Auf eine Pflicht zur Prüfung erhaltener Befehle deutet die Fassung der Vorschrift im VE, Art. 17 : « Sieht der Täter jedoch ein, *oder mußte er einsehen*, daß der Befehl auf eine strafbare Handlung gerichtet ist, so ist er strafbar. » Unter Hinweis auf die Unerträglichkeit solcher Prüfungspflicht für die militärische Disziplin wurde dieser Wortlaut in der Expertenkommission von verschiedener Seite bekämpft[94]. Im Ergebnis dieser Kritik wurde die Fassung gewählt : Wenn für den Täter nicht zweifelhaft war . . . Ähnlich heißt es im bundesrätlichen E : wenn er sich darüber klar war. In den Räten ist hieraus die endgültige Formulierung entstanden : wenn er sich bewußt war. Damit sollte der Annahme einer Prüfungspflicht jede Grundlage entzogen werden[95].

Daraus ergibt sich : Jeder, auch der fahrlässige Irrtum, ist als Schuldausschließungsgrund anerkannt. Sobald es im konkreten Fall feststeht, daß sich der Befehlsausführende über die Rechtmäßigkeit oder Verbindlichkeit des Befehles im Irrtum befand, ist er entschuldigt, ohne daß erst untersucht werden müßte, ob dieser Irrtum bei genügender Aufmerksamkeit hätte vermieden werden können.

Das Prüfungsrecht dagegen kann dem Untergebenen vernünftigerweise nicht genommen werden. Kommt er jedoch in Ausübung dieses Rechtes zu einem falschen Resultat, hält er z. B. einen rechtmäßigen Befehl für rechtswidrig und führt ihn deshalb nicht aus, so hat er für sein Verhalten die Konsequenzen zu tragen. « Er hatte ja keine Pflicht,

[94] Vgl. Prot. 6. Sitzung (13. April 1917). Votum Kirchhofer, S. 72 f. : « Die Bestimmung muß so gefaßt sein, daß nur krasse Fälle darunter fallen und daß sie nicht einen Vorwand für Insubordinationen bilden können. Es muß ausgeschlossen sein, daß ein Untergebener in guten Treuen die Frage aufwirft, ob die befohlene Handlung strafbar ist oder nicht . . . Man soll aus der Vorschrift alles ausmerzen, was nach der Prüfungspflicht . . . hingeht », ferner Vota Gautier, Bolli und Logoz in der 5. Sitzung (12. April 1917), Prot., S. 65 ff.

[95] Vgl. das Votum von Bundesrat Häberlin im NatR, StenBull 1924, S. 618, ferner Geel, StenBull StR 1927, S. 5 : « Die militärischen Interessen, insbesondere diejenigen der militärischen Disziplin, lassen es nicht zu und ertragen es nicht, daß ein Untergebener, dem der tiefere militärische Grund eines erhaltenen Befehls und die Kriegsnotwendigkeit desselben oft nicht bekannt sein kann, weitgehende Kritik am Befehl des Vorgesetzten . . . ausüben müsse. Die Proklamierung eines solchen Grundsatzes wäre die Untergrabung des militärischen Gehorsams, der militärischen Disziplin und der militärischen Autorität. » In gleichem Sinne äußert sich auch die schweizerische Literatur. Wir zitieren aus neuerer Zeit Eberle, S. 87 f. : dortselbst weitere Nachweise.

den Befehl zu prüfen, sondern hätte ruhig der besseren Einsicht des Vorgesetzten vertrauen dürfen. Er muß sich also wohl den Vorwurf gefallen lassen: Hättest du nur den Befehl ausgeführt, ohne ihn zu prüfen, dann hätte dich auch keine Strafe getroffen, wenn er wirklich rechtswidrig gewesen wäre. Wenn das Resultat deiner Prüfung falsch ist, so hast du das zu verantworten; es hat dich ja niemand geheißen, zu prüfen[96]. »

§ 12. Die Mitwirkung von Zivilpersonen (Art. 6 MilStrG)

Die strafrechtliche Behandlung der Teilnehmer am rein militärischen Delikte des Ungehorsams, handle es sich um Mittäter, mittelbare Täter, Anstifter oder Gehilfen, bietet keine Schwierigkeiten, sobald alle daran Mitwirkenden Militärpersonen sind oder Personen, die diesen ausdrücklich gleichgestellt sind bei Verletzung militärischer Pflichten. Die Rechtslage ist hier dieselbe wie im Falle der Teilnahme an gemeinen Delikten.

Nun aber hat unser MilStrG eine positivrechtliche Regelung des Mitwirkens von Extranen an rein militärischen Delikten getroffen, d. h. also solcher Zivilpersonen, die nicht ohnehin schon dem MilStrG unterstehen. Art. 6 1 MilStrG bestimmt: Sind an einem rein militärischen Verbrechen oder Vergehen ... neben Personen, die dem Militärstrafrecht unterstehen, andere Personen beteiligt, so sind diese gleichfalls nach diesem Gesetze strafbar. Demnach steht die Strafbarkeit Extraner fest, obgleich sie der persönlichen Qualifikation ermangeln[97]. Für die theoretische Erörterung bleibt aber das Problem bestehen, in welchen Formen jene « Beteiligung » zutage treten kann, ebenso die weitere, allgemeinere Frage, wie unsere gesetzliche Sondervorschrift mit den allgemeinen Grundsätzen des Strafrechtes in Einklang zu bringen ist.

I. Täter kann der Extrane niemals sein. Zu diesem Ergebnis führt eindeutig eine Betrachtung des Problems von der Schuldseite her. Zum Tätervorsatz gehört das Wissen wie der Wille, die Tat als Täter zu begehen, sie so zu begehen, daß damit in einer auf den Handelnden zurückbeziehbaren Weise der Tatbestand erfüllt werde. Wer Täter sein soll, muß Täter sein wollen. Diese Subsumtion der eigenen Handlung unter den gesetzlichen Tatbestand braucht zwar nicht juristischer Natur zu sein; diesfalls könnte nur der Rechtskundige Täter sein. Erforderlich ist nur, daß der Handelnde sich in eine solche Beziehung zur Tat setzt, daß er sie und ihren Erfolg auf seine Verantwortung nimmt, daß ihm die

[96] Eberle, S. 96.
[97] Vgl. hiezu Müller, StenBull NatR 1924, S. 645.

Tat als seine eigene zugerechnet werden kann. Voraussetzung hierfür ist aber, daß der Vorsatz des Handelnden alle Tatbestandsmerkmale umfaßt. Zu diesen gehört bei den Sonderdelikten auch die persönliche Qualifikation, in unserem Falle also die Eigenschaft als Militärperson oder eine Person, die nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift jener in bezug auf die Verletzung militärischer Pflichten gleichgestellt ist. Ein Nichtqualifizierter kann das Bewußtsein, als Qualifizierter zu handeln, nicht haben [98]. Daher geht ihm auch die Möglichkeit ab, die Tat im tatbestandsmäßigen Sinne als eigene zu wollen. Wir sehen also : Die Täterschaft kann als Form der Beteiligung Extraner nicht in Frage kommen.

II. Wie die Täterschaft, ist auch die Mittäterschaft Nichtqualifizierten verschlossen. Mittäterschaft ist nicht eine neben Anstiftung und Gehilfenschaft besondere Form der Teilnahme im engeren Sinne, sondern — schon dem Wortsinne gemäß — eine Unterart der Täterschaft. Da, wie soeben gezeigt, ein Extraner keinen Tätervorsatz haben kann, kann er auch nicht als Mittäter zur Verantwortung gezogen werden [99].

III. Kontrovers ist die Frage, ob ein Sonderdelikt von Extranen in mittelbarer Täterschaft begangen werden kann. Gemeint sind die Fälle, wo jemand als Nichtqualifizierter vorsätzlich den objektiv rechtswidrigen Erfolg durch einen Qualifizierten als sein Mittel oder Werkzeug verwirklichen läßt, ohne daß dieser mit dem zum Delikt erforderlichen Vorsatz handelt. So z. B., wenn der die Tat Ausführende unzurechnungsfähig ist, durch Gewalt gezwungen wird, sich im Irrtum befindet u. dgl. Eine sehr verbreitete Meinung geht dahin, daß mittelbarer Täter nicht sein kann, wer die Tat in unmittelbarer Täterschaft nicht begehen kann [100]. Es wird etwa folgendermaßen argumentiert :

Weil der Hintermann nicht als Täter bestraft werden könnte, wenn er die Tat unmittelbar ausgeführt hätte, so ist nicht einzusehen, warum er sich strafbar machen sollte, wenn er sich eines Dritten als seines Werkzeugs bedient. « Die Überleitung der persönlichen Qualität, die dem Werkzeug anhaftet, auf den Handelnden vergewaltigt deren höchstpersönliche Natur ... Sind die Qualitäten, die ein strafloses Handeln erst zu einem strafrechtlich erheblichen machen, nicht in der Person des Handelnden begründet, so ist das Geschehen als bloßes — Tatsache

[98] Hat er dieses Bewußtsein irrigerweise doch, so handelt es sich um ein als solches strafloses Putativdelikt.

[99] Vgl. Nagler, S. 79 : « Mittäter des Sonderverbrechens kann nur derjenige sein, der als Eintäter sich des delictum proprium schuldig machen kann. Nur die Angehörigen der Personenklassen, an die sich die Sondervorschrift richtet, erscheinen darum als taugliche Subjekte zur Mittäterschaft. Ein Extraneus ist ebenso wie von der Alleinverübung eines Sonderverbrechens von dessen Begehung in Mittäterschaft begrifflich ausgeschlossen. »

[100] Vgl. statt aller Frank, S. 108.

gewordenes — Spiegelbild aus dem Willensleben des Untertanen rechtlich irrelevant, mag er sich tausendmal eines Werkzeugs aus der besonderen Personengruppe zur Lebendigmachung seiner Pläne bemächtigt haben. Er hat das Geschehene stets nur mit seinen eigenen Qualitäten zu verantworten [101]. »

So sehr diesen Bedenken vom formaljuristischen Standpunkt aus zugestimmt werden kann : das Ergebnis, die Strafloserklärung des Extranen, widerspräche dem Rechtsgefühl und wird wohl auch vom Gesetzgeber nicht gewollt sein. Die militärischen Rechtsgüter sollen strafrechtlichen Schutz genießen gegen Angriffe, von welcher Seite sie auch kommen mögen. Entscheidend ist letztlich nicht, wer diese Rechtsgüter verletzt oder gefährdet, sondern die Tatsache der Verletzung oder Gefährdung selbst. Daß der Extrane, der sich eines Qualifizierten als eines schuldlos handelnden Werkzeugs bedient, ein sozialschädliches Verhalten an den Tag legt, wird wohl niemand bestreiten. Aus diesem praktischen Gesichtspunkt rechtfertigt sich, ihn als mittelbaren Täter zu bestrafen [102].

IV. Die Teilnahme im engeren Sinne, d. h. die Möglichkeit der Anstiftung und Gehilfenschaft von seiten Extraner wird allgemein bejaht. Verschieden ist nur die theoretische Begründung :

1. Es wird vom Begriff der Teilnahme ausgegangen. Auf dieser Grundlage gibt es zwei Lösungsversuche :

a) Die Grundsätze über die Teilnahme sind auf das Sonderverbrechen zu übertragen. Das Verhalten Nichtqualifizierter lasse sich zwanglos unter die Bestimmungen des Allgemeinen Teils über Anstiftung und Gehilfenschaft subsumieren. So etwa ein früher Entscheid des deutschen Reichsgerichts : « Das Gesetz hat zum strafrechtlichen Begriff der Anstiftung nur gefordert, daß jemand durch seine Tätigkeit vorsätzlich die Ursache der von einem andern begangenen strafbaren Handlung geworden ist, nicht aber bezüglich seiner diejenigen persönlichen Eigenschaften vorhanden sind, welche etwa erforderlich sind, um die strafbar Handlung als Täter begehen zu können. [103] » Diese Beweisführung ist nicht überzeugend. Sie arbeitet auf Grund des gesetzlichen Wortlautes mit rein logischen Subsumtionsschlüssen, während die Einwände gegen die Zulässigkeit strafbarer Teilnahme Extraner nur mit Rücksicht auf Wesen und Eigenart der Sonderdelikte widerlegt werden müßten.

[101] Nagler, S. 73.

[102] Vgl. hiezu Dams, S. 20 ff. und Schwinge, S. 116. Bejahend auch Komment. Thormann-v. Overbeck, Vorbem. zu Art. 24—26, N. 2.

[103] RGE Bd. 6, S. 415. Weitere Vertreter dieser Ansicht zitiert Nagler, S. 105.

b) Der zweite Lösungsversuch geht von der Akzessorietät der Teilnahme aus. Die an sich strafrechtlich irrelevante Handlung des Teilnehmers werde erst im Zusammenhang mit der Haupttat beachtlich. Daher sei es verfehlt, darauf abzustellen, ob der Teilnehmer den Tatbestand auch als Täter zu erfüllen imstande wäre. Ist die Haupttat begangen, so begründe dies die Strafbarkeit der Teilnehmer ohne Rücksicht auf das Vorliegen oder Fehlen ihrer Zugehörigkeit zum Kreise der Qualifizierten[104]. Dieser Lehre ist entgegenzuhalten: Der Grundsatz von der akzessorischen Natur der Teilnahme ist nur insoweit für die Strafbarkeit der Teilnahme von Bedeutung, als hiefür die Begehung der Haupttat vorausgesetzt wird[105]. Im übrigen ergibt sich das « Ob » der Strafbarkeit der Teilnahme aus den Vorschriften des Allg. Teils über die Anstiftung und Gehilfenschaft. Die Haupttat ist somit nur die auslösende Bedingung für einen Tatbestand, der seine Grundlagen in anderem Bereich hat. Ob diese Grundlagen hier als gegeben zu erachten sind : das eben gilt es hier zu entscheiden. Dieser Entscheidung wird mit dem skizzierten Lösungsversuch ausgewichen. Die Akzessorietät hat allenfalls damit nichts zu tun.

Die Vertreter der einen wie der anderen Theorie argumentieren auch vielfach mit dem Hinweis auf die Bestimmung über den Einfluß persönlicher Verhältnisse[106]. Dieses Beweismittel erweist sich als unstichhaltig aus einem doppelten Grunde :

Erstens kommt man an Hand jener Vorschrift zu einem verschiedenen Resultat, je nachdem der Konträr- oder der Analogieschluß gezogen wird. Nimmt man nämlich an, daß der Gedanke bloß individueller Zurechenbarkeit sich nur auf die Straferhöhung, -verminderung oder -ausschließung beschränke, das heißt ohne den Fall der Begründung der Strafbarkeit regeln zu wollen, so der Konträrschluß : wo persönliche Momente die Strafbarkeit begründen, bleibt es bei der Regel der Akzessorietät der Teilnahme. Es würde dies die Strafbarkeit der Teilnahme von Extranen am Sonderdelikt bejahen. Ist aber, zweitens, unsere Vorschrift dahin aufzufassen, daß persönliche Verhältnisse in jeder Beziehung persönlich wirken sollen, so wären per analogiam auch strafbegründende Umstände nur denen zuzurechnen, bei denen sie vorliegen. Demnach wäre das Resultat : Nichtqualifizierten bleibt die Teilnahme am Sonderdelikt verschlossen. Man sollte im übrigen — und das ist der andere Grund — auch beachten, daß die persönlichen Verhältnisse nur bei der Strafzumessung berücksichtigt werden, also in einem Zeitpunkt,

[104] Vgl. Mayer, S. 412. Weitere Zitate bei Nagler, S. 109.
[105] Vgl. jedoch die Ausnahmevorschrift des Art. 22 II MilStrG.
[106] Vgl. Art. 24 MilStrG.

da die Strafbarkeit als solche bereits feststeht. Dieses « Ob » der Strafbarkeit ist aber gerade das Problem.

2. Im Gegensatz zu den unter Ziff. 1 besprochenen Versuchen, die Strafbarkeit der Teilnahme am Sonderdelikt den Teilnahmevorschriften zu entnehmen, wird von andern das Problem aus dem Wesen des Sonderdeliktes selbst zu lösen versucht. Hauptvertreter dieser Richtung ist Nagler.

Das Sonderverbrechen ist dadurch gekennzeichnet, daß die betreffende strafrechtliche Norm sich nur an einen beschränkten, näher umschriebenen Täterkreis wendet. Daraus folge aber nicht, daß auch Teilnehmer nur Angehörige dieses Kreises sein können. Nach Nagler verhält es sich damit wie folgt : « Da das Rechtsgut, dessen Verletzung und Gefährdung untersagt ist, in der spezifischen, von dem Gesetze bezeichneten Weise nur von Beamten u. dergl. angegriffen werden kann, so hat ein äußerlich durchaus gleichartiger Erfolg — herbeigeführt von einem Nichtangehörigen der Gruppe — für die rechtliche Bewertung einen ganz anderen Charakter, als wenn ein Beamter u. dergl. der Täter wäre. Die Rechtsordnung erkennt in dem Vorkommnisse der Außenwelt nicht das von ihr Verpönte wieder . . . Seine (sc. des Extranen) Beziehung zu dem angegriffenen Rechtsgut ist ja eine ganz andere, wenn er allein auf sich gestellt tätig wird, oder wenn er mit einem tauglichen prinzipalen Angreifer verbündet vorgeht. Es kommt also darauf an, ob die Rechtsordnung die Dritten unter allen Umständen von der Verpflichtung, sich mit ihren Willenskundgebungen nicht in Widerspruch zu setzen, ausgenommen hat, oder ob sie nicht wenigstens unter der Voraussetzung, daß sie an dem verbrecherischen Tun eines primär Vinkulierten tätigen Anteil nehmen, so daß neben der speziellen prinzipalen eine allgemeine sekundäre Gehorsamspflicht einherginge [107]. » Die zweite dieser Alternativen wird bejaht und dahin erläutert, daß das Gesetz den Normen der Sonderdelikte die allgemeine Tendenz beilege, zugleich jede Mitarbeit bei einem tauglichen verbrecherischen Unternehmen zu untersagen. « Denn die Rechtsgüter, die zunächst nur einem engeren Kreise der Untertanen erreichbar sind und in ihrer Totalität sowie selbständig nur von diesen gefährdet oder verletzt werden können, fordern Respektierung ihrer Unverletztheit von allen [108]. »

Im Lichte der Naglerschen Theorie bleibt Art. 6 I MilStrG, der die Strafbarkeit von Teilnahmehandlungen Extraner statuiert, im harmonischen Zusammenhang mit den allgemeinen Lehren des Strafrechts. Unsere Vorschrift erscheint somit, neben ihrer kriminalpolitischen Notwendigkeit [109], auch theoretisch durchaus gerechtfertigt.

[107] Nagler, S. 114.
[108] Nagler, S. 115.
[109] Vgl. Botsch., S. 351, ferner StenBull NatR 1924, S. 645.

§ 13. Die „leichten Fälle"

I. Sobald unter Art. 61 MilStrG Verfehlungen von geringerer Bedeutung fallen, werden sie nicht kriminell geahndet, sondern der disziplinarischen Erledigung überlassen[110]. Das Gesetz bezeichnet sie als « leichte Fälle ». Im System unseres MilStrG kommt ihnen als sogenannte Disziplinarvergehen eine Mittelstellung zu. Einerseits haben sie die disziplinarische Bestrafung mit den reinen Ordnungsfehlern (Disziplinarübertretungen)[111] gemein, aber anders als diese, erfüllen sie den Tatbestand eines im Gesetz geregelten kriminellen Deliktes nach seinen sämtlichen Merkmalen. Anderseits besteht die Gemeinsamkeit mit den kriminellen Delikten in der Verwirklichung des gleichen Tatbestandes, wogegen das Unterscheidende die Art der Bestrafung bildet.

Die Abgrenzung der Disziplinarvergehen gegen die Disziplinarübertretungen[112] kann nicht nach einem allgemein gültigen Kriterium getroffen werden[113]. Ob das eine oder andere vorliegt, ist nach dem objektiven wie subjektiven Sachverhalt im einzelnen Fall zu prüfen[114]. Vielfach wird in der Praxis die Entscheidung schwer zu treffen sein, weil im gegebenen Einzelfall Elemente von beiden Tatbeständen enthalten sind[115].

Bezüglich der Abgrenzung der Disziplinarvergehen gegen die kriminellen Delikte steht der Gesetzgeber vor der Unmöglichkeit, den Begriff der leichten Fälle logisch zu umschreiben. Drei gesetzestechnische Mittel stehen ihm für die Regelung zu Gebote :

1. Als Gegenstück zu jedem in Betracht kommenden, kriminell zu ahndenden Tatbestand wird im Rahmen des Disziplinar-Strafrechtes ein Paralleltatbestand aufgenommen. Diesen Weg hat das alte MilStrG von 1851 beschritten. So entsprach dem kriminellen Delikte des Ungehor-

[110] Vgl. hierüber unt. § 14 Ziff. II.

[111] Vgl. Art. 180 MilStrG : Einen Disziplinarfehler begeht, wer den Befehlen der Vorgesetzten, den allgemeinen Dienstvorschriften oder überhaupt der militärischen Zucht und Ordnung zuwiderhandelt, sofern die Tat nicht als Verbrechen oder Vergehen strafbar ist.

[112] Eine dritte Gruppe bilden die militärpolizeilichen Verfehlungen. Sie bleiben nach wie vor der Sondergesetzgebung vorbehalten, vgl. Art. 233 MilStrG. Es handelt sich hier um die Nichterfüllung der Schießpflicht, der Militärersatzpflicht, um Kontrollverfehlungen usw. Diese Gruppe scheidet aus unseren Betrachtungen aus.

[113] Was leichte Fälle seien, « kann nicht durch eine Gesetzesformel entschieden werden », Botsch., S. 385.

[114] « Die Würdigung der Verhältnisse des einzelnen Falles, Zweckmäßigkeit und Billigkeit, müssen den Ausschlag geben », Botsch., S. 385; vgl. ferner Bolli, StenBull StR 1922, S. 15 f. : « Der militärische Vorgesetzte, der über die Bestrafung zu urteilen hat. ... entscheidet nach seiner Auffassung, nach seinem Wissen und Gewissen. Das Gesetz stellt ab auf seine Persönlichkeit, auf sein Verantwortungsgefühl, auf seine Würdigung aller Umstände, der Persönlichkeit des Fehlbaren, den Folgen des Falles. »

[115] Vgl. Bolli, StenBull StR 1922, S. 17.

sams nach Art. 62 das Disziplinarvergehen des Ungehorsams nach Art. 166 Ziff. 9. Eine solche Regelung ist weitläufig, muß sich der kasuistischen Methode bedienen, was die bekannten Mängel zur Folge hat[116]; hinzu kommen noch die Schwierigkeiten in der Abgrenzung der einzelnen Tatbestände innerhalb des vom Disziplinar-Strafrecht gezogenen Rahmens.

2. Man verzichtet auf die Aufstellung besonderer Disziplinartatbestände, fügt hingegen einzelnen kriminellen Tatbeständen einen Vorbehalt zugunsten der leichten Fälle ein. Was unter leichten Fällen zu verstehen sei, umschreibt eine allgemeine Bestimmung. Allein eine solche Definition müßte, um auf alle Fälle zu passen, so generell formuliert sein, daß sie, weil inhaltslos, ohne jeden praktischen Wert bliebe.

3. So erweist sich der dritte Weg als der gangbarste : Verzicht auf die Aufstellung besonderer Disziplinar-Tatbestände, aber auch auf eine allgemeine Definition. Auf Grund des Vorbehaltes zugunsten der leichten Fälle bei den einzelnen in Frage kommenden Tatbeständen des kriminellen Rechtes soll der strafverfügende Richter oder Disziplinarvorgesetzte nach freiem Ermessen entscheiden.

Dies ist der Standpunkt unseres MilStrG. Die Botsch. führt diesbezüglich aus : « Der Gesetzgeber muß sich die Frage vorlegen, ob die Grenzziehung zwischen den leichten — disziplinaren — und den gerichtlich zu bestrafenden Ungehorsamsdelikten im Gesetz ausdrücklich zu geschehen hat. Allein das ist nicht zweckmäßig, ja kaum befriedigend lösbar. Es würde sich sofort zeigen, daß man nur auf dem Wege einer weitläufigen und dabei doch willkürlichen Kasuistik zu einer Regelung gelangen könnte. Die Grenzziehung ist vielmehr in jedem einzelnen Fall vom Richter nach freiem Ermessen vorzunehmen. Sache der Wissenschaft und der Praxis muß es dann sein, bei Ungehorsam und bei den anderen in Betracht kommenden Delikten allmählich gewisse Richtlinien für den Unterschied zwischen Vergehen und bloßen Disziplinwidrigkeiten zu gewinnen[117].

II. Einen Versuch in dieser Richtung hat noch unter der Herrschaft des alten Rechtes Bundesrichter Alfred Stooß[118] unternommen. Sein Bestreben geht dahin, für die Abgrenzung auf dem Gebiete des Ungehorsams « einige wesentliche Momente und Gesichtspunkte herauszufinden und klarzulegen, die den Truppenkommandanten, wie auch den Gerichten, bei ihrer Entscheidung als Wegleitung dienen können ».

Nicht zu dem Kreis der zweifelhaften Fälle gehören die aus Nachlässigkeit oder Vergeßlichkeit begangenen Ungehorsamshandlungen oder

[116] Vgl. S. 44, Anmerkung 124.
[117] Botsch., S. 364.
[118] Vgl. Z 28 (1915), S. 173 ff.

Unterlassungen. Denn wie bereits früher[119] ausgeführt, bezieht sich der Tatbestand unseres Art. 61 MilStrG nur auf vorsätzliches Handeln. Somit stellt sich fahrlässige Begehung stets als reiner Ordnungsfehler (Disziplinarübertretung) dar, gemäß Art. 180 und 181 I MilStrG.

Gilt es in bezug auf eine vorsätzlich begangene Tat zu entscheiden, ob sie kriminell oder disziplinarisch zu ahnden sei, so dürfte die erste Überlegung im Abwägen der Schwere der Tat bestehen. Die zu beantwortende Frage würde lauten : Bedeutet die Tat einen Verstoß gegen die Rechts- und Heeresordnung, oder stellt sie sich nur als Verfehlung gegen die militärische Zucht und Ordnung dar ? Oder von der Strafe aus gesehen : Verdient es die Tat, mit einer Freiheitsstrafe gebüßt zu werden, mit all ihren teils obligatorischen, teils fakultativ vorgesehenen entehrenden Folgen, auch über die Strafzeit hinaus, oder genügt die Sühne mit einer Disziplinarstrafe, deren Verbüßung den Fehler endgültig tilgt ? Die allgemeine, in Volk und Heer herrschende Auffassung über die Begriffe von Delikt und Disziplinfehler, im Verein mit der Untersuchung der näheren Verumständungen des Falles; die für die Beurteilung des Grades der Verwerflichkeit maßgebenden Beweggründe und die Art der Ausführung der Tat : eine Prüfung nach diesen Gesichtspunkten wird meistens dem verständigen, ruhig überlegenden Truppenkommandanten oder Richter die richtige Entscheidung an die Hand geben.

Als weitere Anhaltspunkte kommen in Frage :

Im Normalzustand des Instruktionsdienstes wird im Zweifel disziplinarische Erledigung den Vorzug verdienen. Zu berücksichtigen wäre auch der Zeitpunkt der Begehung. Die Disziplin ist schwerer verletzt, wenn der Täter einem Befehle nicht gehorcht, während er dienstliche Angelegenheiten zu verrichten hat, oder sonst unter direkter Aufsicht des Vorgesetzten steht, als wenn der Befehl an ihn außer Dienst, in der Freizeit ergeht. Der Grundtatbestand der Ungehorsamshandlung, das bloß passive Verhalten gegenüber dem Befehl — man spricht hier von einmaligem negativem Ungehorsam — muß durch Hinzutritt irgendeines besonderen, erschwerenden Momentes qualifiziert sein, soll kriminelle Bestrafung sich empfehlen. So etwa, wenn der Ungehorsam von mehreren gemeinsam begangen wird, ohne den qualifizierten Tatbestand des Art. 63 MilStrG (Meuterei) zu verwirklichen. Ebenso ist ein die Disziplin besonders empfindlich gefährdendes Verhalten beharrliches Nichtgehorchen, ferner ausdrückliche Gehorsamsverweigerung, auch wenn sie nicht in Tätlichkeiten und Drohung des Art. 62 MilStrG ausartet.

Immer sollte erwogen werden, ob nicht auch den Vorgesetzten selbst wegen des Ungehorsams des Untergebenen ein Vorwurf gemacht werden kann. Gemeint sind nicht die Fälle des Mißbrauchs der Dienst-

[119] Vgl. oben § 10.

gewalt nach Art. 66 ff. MilStrG, sondern ein taktloses, inkorrektes Benehmen. Erfahrungsgemäß ist die Möglichkeit solcher Vorkommnisse gerade in unserem Volksheere gegeben, wo zwischen Vorgesetzten und Untergebenen vielfach keine Unterschiede im Bildungsgrad wie in der bürgerlichen Stellung bestehen, und wo solche vorhanden sind, so doch manchmal zugunsten des Untergebenen. Die Abwägung der den ungehorsamen Untergebenen treffenden Schuld, und die sich danach richtende Entscheidung über die Art der angemessen erscheinenden Art der Bestrafung, hat auch auf diesen Umstand tunlichst Rücksicht zu nehmen.

III. Der Begriff der « leichten Fälle » hat auch das MKG verschiedentlich beschäftigt. Es vertritt grundsätzlich die Auffassung, daß in der Beurteilung, ob ein schwerer, kriminell zu ahndender, oder nur ein leichter, disziplinarische Bestrafung rechtfertigender Fall in concreto vorliegt, die gesamten Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind, sowohl nach ihrer subjektiven wie nach ihrer objektiven Seite hin[120]. Wohl ist hierbei der Grad der Wesentlichkeit des Befehlsinhaltes für die Landesverteidigung und die militärische Disziplin zu beachten, doch darf dies für die Bewertung der Schwere des Falles nicht als ausschlaggebend angesehen werden. Es bleibt eines der vielen bei der Prüfung zu erwägenden Momente[121]. Der Entscheid über Gradabstufungen innerhalb des Delikttatbestandes ist Sache des freien richterlichen Ermessens : der Richter bestimmt, ob die disziplinarische Bestrafung zur Anwendung gelangen soll[122]. Eine Überprüfung durch das MKG ist nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür möglich, sei es in Form des Ermessensmißbrauchs oder der Ermessensüberschreitung[123].

§ 14. Die Strafe

In § 9 haben wir von den Gründen gesprochen, die den Gesetzgeber veranlaßt hatten, in der tatbestandlichen Fassung der einzelnen Delikte von der herkömmlichen kasuistischen Methode abzugehen[124]. Da unter

[120] MKG II Nr. 12 (7. Juni 1937).

[121] MKG II Nr. 25 (28. Februar 1938).

[122] MKG II Nr. 53 (24. November 1939).

[123] MKG I 46 (22. Januar 1934) und neuerdings Entscheid vom 30. Dezember 1941 in Sachen Th. (unveröffentlicht).

[124] Auch der E 1894 zu einer DiszipStrO hatte die Kasuistik aufgegeben mit der Begründung, daß sie « in der Gesetzgebung als fehlerhaft erkannt worden » sei, « weil sie bei aller Sorgfalt den ganzen Inhalt des Begriffes nicht erschöpfen wird, weil sie zu Deuteleien führt und weil sich die Praxis erfahrungsgemäß nicht allzusehr an diese subtilen Unterscheidungen kümmert » (Botsch., BBl 1894 III 457). « Die führende Gesetzeskasuistik vergißt leicht gerade typische Fälle und erregt dann vielleicht bei einem ungewandten und ängstlichen Richter Zweifel darüber, ob das Gesetz in einem unter den Beispielen nicht genannten Falle anzuwenden sei oder nicht », vgl. ferner Botsch., S. 383 f.

den allgemein formulierten Tatbestand des Art. 61 MilStrG sowohl verhältnismäßig harmlose Disziplinarfehler als auch kriminelle Delikte von verschiedener Schwere bis hinauf zum todeswürdigen Verbrechen subsumiert werden können, mußte auch für angemessene Bestrafung aller nur möglichen konkreten Einzelfälle gesorgt werden. Daher der sehr weit gespannte Strafrahmen für unseren Tatbestand.

I. Bezüglich des kriminellen Strafensystems, worüber zahlreiche, die Materie erschöpfende Monographien bestehen[125], mögen an dieser Stelle nur kurze Hinweise genügen.

Die Normalstrafe ist Gefängnis von drei Tagen bis längstens drei Jahren[126], auch in Kriegszeiten. Im letzteren Falle steht es aber im Ermessen des Richters, auf Zuchthaus zu erkennen[127], und zwar für die Dauer von einem Jahre bis zu zwanzig Jahren[128]. Ebenso fakultativ ist die Todesstrafe oder lebenslängliches Zuchthaus, wenn der Ungehorsam vor dem Feinde erfolgt[129].

In der bundesrätlichen Vorlage war in Anlehnung an den VE eine Erläuterung des gesetzlichen Ausdrucks «vor dem Feinde» enthalten[130]. Eine Truppe stünde vor dem Feinde, wenn in Erwartung eines Zusammentreffens mit ihm der Sicherheitsdienst begonnen hat. Der StR hat sich, im Unterschied zur Stellungnahme des NatR, gegen die Aufnahme dieser Definition ausgesprochen, weil das aufgestellte Kriterium gerade für unsere schweizerischen Verhältnisse unvollkommen und unzutreffend sei, und zwar sowohl für den Fall der Grenzbesetzung wie für den Fall einer anderen militärischen Aktion in der Nähe eines erklärten oder eines möglichen Gegners. Und vollends für die Luftstreitkräfte wäre die Legaldefinition überhaupt nicht anwendbar. Es wird immer eine Tatfrage sein, wann eine Truppe vor dem Feinde gestanden hat, und man sollte diese Feststellung jeweilen dem Richter überlassen. «Man hat die Definition bis jetzt auch anzuwenden gewußt, ohne daß sie gesetzlich erläutert worden wäre.» Aus diesen Erwägungen ist die Erläuterung des Ausdruckes «vor dem Feinde», wie übrigens auch der

[125] Vgl. die beiden Sammlungen der Entscheide des MKG, wo jeweilen im Anhang die Bibliographie zum neuen MilStrG aufgeführt ist, MKG I, S. 207—210, II, S. 303—304.

[126] Art. 29 I MilStrG. Über den fakultativen militärischen Vollzug der Gefängnisstrafe vgl. Art. 30 MilStrG sowie VO des BR vom 29. November 1927, abgeändert durch BRB vom 29. April 1938 und 15. März 1940.

[127] Die ursprüngliche Fassung sah Zuchthaus obligatorisch vor. Diese Strafe ist nun auch in Kriegszeiten fakultativ.

[128] Art. 28 I MilStrG.

[129] Leichte vor dem Feinde begangene Verfehlungen können disziplinarisch bestraft werden. Der Strafrahmen unseres Artikels ist somit derart, daß er erlaubt, jedem konkreten Einzelfalle gerecht zu werden.

[130] E Art. 61 Ziff. 3.

anderen ursprünglich vorgesehenen Begriffe, im bereinigten Gesetzestext unterblieben[131].

Ist der Täter zu einer Zuchthausstrafe verurteilt, so wird er obligatorisch aus dem Heere ausgeschlossen und für zwei bis zehn Jahre in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit eingestellt[132]. Es bleibt richterlichem Ermessen anheimgestellt, auch über den zu einer Gefängnisstrafe Verurteilten eine oder beide Nebenstrafen zu verhängen[133], die Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit — für die Dauer von einem Jahr bis zu fünf Jahren — aber nur, wenn der Täter eine ehrlose oder gegen die Landesverteidigung gerichtete Gesinnung bekundet.

Diese Voraussetzungen waren vor erfolgter Anpassung an das bürgerliche Strafrecht gesetzlich nicht vorgesehen, so daß auch Täter aus Überzeugung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit eingestellt werden konnten[134]. Anläßlich der Beratungen der BVers. betr. Anpassung des MilStrG an das vereinheitlichte schweizerische Strafgesetzbuch war die Frage sehr bestritten, ob die bisherige, von der bürgerlichen absichtlich abweichende Regelung beibehalten, oder an jene angepaßt werden sollte. Der bundesrätliche Antrag lautete im ersteren Sinne. Ihm schloß sich die Mehrheit der nationalrätlichen Kommission an. Im NatR selbst drang jedoch der entgegengesetzte Standpunkt einer Minderheit durch: Für die Aufnahme der Voraussetzung der ehrlosen Gesinnung sprachen sich 60 gegen 51 Stimmen aus[135]. Die ständerätliche Kommission war für den Antrag des BR; nur Ständerat Klöti stimmte dagegen, und er war es auch, der im StR den entsprechenden Minderheitsantrag begründete. Doch stimmte die Mehrheit — 27 gegen 3 — für Beibehaltung des bisherigen Rechtszustandes[136]. Nachdem bei der Behandlung der Differenzen der NatR dem Standpunkt des StR in der Weise Rechnung getragen hatte, daß neben der — subjektiven — Voraussetzung der ehrlosen Gesinnung alternativ auch die weitere — mehr objektive — der gegen die Landesverteidigung gerichteten Gesinnung aufgenommen wurde[137], erfolgte hierzu auch die Zustimmung des StR[138]. Die bisherige Gerichtspraxis[139] ist somit überholt.

[131] Vgl. hiezu namentlich Bolli, StenBull StR 1921, S. 258 und 1926, S. 215, ferner NatR 1925, S. 381, 382 und 1926, S. 163, 779.

[132] Art. 28 II, 36, 39 MilStrG.

[133] Art. 29 II, 36, 39 MilStrG.

[134] So mit ausführlicher Begründung und unter Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte des Art. 29 II MilStrG, MKG I Nr. 26 (14. Dezember 1931), ferner MKG II Nr. 3 (4. Mai 1936) und Nr. 21 (4. Juli 1938).

[135] StenBull NatR 1940, S. 656, 664 f.

[136] StenBull StR 1941, S. 24, 28.

[137] StenBull NatR 1941, S. 96 ff.

[138] StenBull StR 1941, S. 146.

[139] Vgl. oben, Anm. 134.

Für Offiziere, Unteroffiziere und Gefreite ist, sofern sie sich durch das Delikt ihres Grades unwürdig gemacht haben[140], obligatorisch Degradation vorgesehen[141], desgleichen obligatorisch die Amtsentsetzung für unwürdig befundene Beamte[142] und für Ausländer fakultativ die Landesverweisung[143].

Die Anwendbarkeit jeder der genannten Nebenstrafen ist nach dem ihr innewohnenden Wesen und ihren Wirkungen zu beurteilen. Für ihre Angemessenheit sind neben der Schwere des Deliktes und der Art der darin kundgegebenen Gesinnung auch andere Momente maßgebend[144].

Von den Maßnahmen des bürgerlichen Strafrechtes sind übernommen: die Einziehung gefährlicher Gegenstände, der Verfall von Geschenken und anderen Zuwendungen sowie die Urteilspublikation[145]. Für die übrigen Maßnahmen der Verwahrungsanstalt, die den Kernpunkt der kriminalpolitischen Neuorientierung des bürgerlichen Strafrechtes bilden, ist im MilStrG kein Raum[146].

Auch die allgemeinen Vorschriften über die Strafzumessung folgen dem bürgerlichen Strafrechte, unter Beachtung der besonderen militärischen Bedürfnisse. So kommt der sonst anerkannte Milderungsgrund des Handelns in schwerer Bedrängnis oder unter dem Eindruck einer schweren Drohung dem Täter nur zugute, « soweit nicht das dienstliche Pflichtverhältnis der Berücksichtigung dieser Umstände entgegensteht[147].

II. Der Katalog der Disziplinarstrafen umfaßt den Verweis, den einfachen und scharfen Arrest, die Degradation und die Buße[148].

a) Der Verweis hat die Funktion, die innere Ehre des Fehlbaren zu treffen, d. h. die eigene Wertung seiner selbst[149]. Er soll als Strafe empfunden werden, und darin unterscheidet er sich vom Verweis,

[140] Die Abschätzung des Unwürdigkeitsgehaltes eines Deliktes ist Sache freien richterlichen Ermessens, vgl. MKG II Nr. 71 (25. April 1940).

[141] Art. 37 MilStrG.

[142] Art. 38 MilStrG.

[143] Art. 40 MilStrG.

[144] MKG I Nr. 26 (14. Dezember 1931); vgl. ferner MKG I Nr. 34 (22. Dezember 1932): Die Nebenstrafen der Art. 36—39 MilStrG unterliegen nicht der Verjährung. Ihr Vollzug beginnt automatisch mit der Rechtskraft des Urteils, auch des Kontumazialurteils, unabhängig davon, ob sich der Verurteilte dem Vollzug der Freiheitsstrafe durch die Flucht entzieht.

[145] Art. 41 bis 43 MilStrG.

[146] Vgl. Botsch., S. 359.

[147] Vgl. Art. 44 ff., insbesondere Art. 45 MilStrG. Über den bedingten Strafvollzug vgl. oben, S. 11, Anm. 15.

[148] Auch im folgenden beschränken wir uns auf das Wesentlichste und verweisen auf die einläßlichen Untersuchungen von Sprecher v. Bernegg. Basler Diss. 1934.

[149] Diese Funktion ist allen Disziplinarstrafen gemeinsam; vgl. DR Ziff. 40 III: Die Strafen sollen in erster Linie das Ehrgefühl treffen.

wie er in mannigfachen Verhältnissen des täglichen Lebens als Erziehungsmittel vorkommt[150]. Damit ist aber nicht gesagt, daß der Verweis als Disziplinarstrafe der Erziehungsfunktion ganz entbehren soll. Vielmehr hat er, um wirksam zu sein, nicht nur eine Übelszufügung darzustellen, sondern daneben auch erzieherisch zu wirken. « Notwendiger Inhalt des Verweises muß sein : kurze Rekapitulation der strafbaren Handlung, rechtliche Qualifikation und Mißbilligung dieser Handlung sowie Warnung vor Wiederholung und Hinweis darauf, daß eine solche Wiederholung unbedingt Strafe[151] nach sich ziehen müßte. Diese Mißbilligung muß ... so gestaltet sein, daß tatsächlich von einer psychischen Einwirkung auf das Innenleben des Täters gesprochen werden kann. Es ist selbstverständlich, daß eine solche inhaltliche Verweisgestaltung, für die kein Schema aufgestellt werden kann und die ein kleines pädagogisches Kunstwerk sein sollte, an den Verweiserteilenden hohe Anforderungen stellt und allermindestens nicht aus dem Stegreif gelöst werden kann[152]. » Das erzieherische Moment ist beim schriftlich erteilten Verweis weniger ausgeprägt, weil hier der unmittelbare Eindruck des Strafverfügenden auf den Bestraften fehlt.

b) Kernpunkt des Disziplinarstrafsystems ist die Arreststrafe[153]. Sie ist in zweierlei Ausgestaltungen vorgesehen : als einfacher und als scharfer Arrest[154]. Das Unterscheidungsmerkmal bildet die Dienstleistung. Der mit einfachem Arrest Bestrafte leistet den Dienst[155], der scharfe Arrest hingegen schließt jede Dienstleistung aus[156],

[150] Diesen Strafcharakter wollte der E, Art. 182, in der Weise gewährleisten, daß die Schriftlichkeit des Verweises vorgesehen war, oder Erteilung in Gegenwart von mindestens zwei im Grade gleichen oder höheren Militärpersonen. Der StR hat die Alternative der Mündlichkeit abgelehnt, da sie den Verweis mehr zum Erziehungsmittel stemple (StenBull StR 1922, S. 178 ff.). Dem abweichenden Standpunkt des NatR (StenBull NatR 1925, S. 796 ff.) ist der StR aber in der Folge beigetreten (StenBull StR 1926, S. 252). Man einigte sich über die endgültige Fassung : Schriftliche oder mündliche Erteilung, Art. 184 MilStrG, in der Überzeugung, daß es sich nicht empfehle, durch besondere Bestimmungen den Strafcharakter zu sichern, vgl. auch DR Ziff. 46 III : Der Verweis wird mündlich oder schriftlich erteilt, mündlichen Verweis entweder unter vier Augen oder vor den beteiligten Vorgesetzten und Kameraden.

[151] Soll wohl heißen : eine strengere Strafe, denn auch der Verweis ist eine Strafe.

[152] Pfenninger, SJZ Bd. 15 (1918/19), S. 161.

[153] Art. 185 bis 189 MilStrG.

[154] Nach dem Vorbilde des MilStrG von 1851 hatte der VE außerdem noch den Quartier- oder Zimmerarrest, die Konsignierung vorgesehen. Hievon ging schon der bundesrätliche E ab, um der Möglichkeit allzuhäufigen Gebrauchs dieses Strafcharakters ermangelnden und daher allzu harmlosen Mittels aus dem Wege zu gehen.

[155] Art. 185 I MilStrG.

[156] Art. 186 I MilStrG. Über die Möglichkeit der Dienstnachholung vgl. Abs. V.

indem er den Bestraften vollständig absondert[157]. Die Wesensverwandtschaft mit der Haftstrafe des bürgerlichen Strafrechts ist unverkennbar[158].

Die Dauer des einfachen Arrestes beträgt einen Tag bis zehn Tage[159], diejenige des scharfen Arrestes von drei bis zwanzig Tagen[160], der Tag jeweilen vom Hauptverlesen bis Hauptverlesen oder von Tagwache bis Tagwache berechnet. Lautet die Verfügung auf zehn Tage scharfen Arrest oder mehr, so ist sie dem Bestraften unter Angabe der Gründe mitzuteilen[161].

c) Die Degradation[162] ist die schwerste Disziplinarstrafe. Sie kann sowohl Haupt- als auch Nebenstrafe sein[163] und ist auch im Rahmen der DiszStrO aufgenommen worden mit Rücksicht auf zwar seltene, aber immerhin mögliche Fälle. Es kann nämlich vorkommen, daß der Inhaber eines Grades, ohne sich einer schweren kriminellen Tat schuldig zu machen, sich in seinem Charakter und in seinen Gewohnheiten in einer Weise wandelt, die ihn zum Weiterführen seines Grades ungeeignet macht[164].

Die Degradation bewirkt stets den Ausschluß von der Erfüllung der Dienstpflicht. Vorbehalten bleibt die Möglichkeit der Wiedereinstellung in den Dienst in Zeiten aktiven Dienstes auf Verfügung des Oberbefehlshabers der Armee. Bei degradierten Unteroffizieren und Gefreiten, und soweit es sich um Instruktionsdienst handelt, ist hierfür das EMD zuständig[165].

d) Die Buße — bis zu 200 Franken — ist alternativ mit der Arreststrafe auf Verfehlungen beschränkt, die außerhalb des Dienstes

[157] Vgl. DR Ziff. 46 V: Das Arrestlokal soll so beschaffen sein oder eingerichtet werden, daß dem Arrestanten Ausblick auf die Außenwelt oder gar Verkehr mit ihr unmöglich ist.

[158] Man beachte den Wortlaut des Art. 186 I: Der scharfe Arrest ist Einzel*haft*, gegenüber Art. 185 I: Der einfache Arrest ist ... Einzel*arrest*. Vgl. auch VE Art. 147, 148 und E Art. 183, 184 (einerseits: Einschließung in einem als Arrestlokal bezeichneten besonderen Raum, anderseits: Einzelhaft).

[159] Art. 185 II MilStrG.

[160] Art. 186 III MilStrG.

[161] Art. 206 MilStrG. Das gleiche gilt immer für die Degradation.

[162] Art. 190 MilStrG.

[163] Das MilStrG von 1851 kannte neben dem Verlust des Grades eine höchstens 30tägige Einstellung im Grade als Haupt- oder Nebenstrafe, beides nur für Unteroffiziere (Art. 169). VE: Entsetzung vom Grade für Offiziere, Unteroffiziere oder Gefreite, Haupt- oder Nebenstrafe mit Ausschluß von der Dienstpflicht, verbunden mit Ersatzpflicht; Möglichkeit der Dienstleistung nur im Aktiv-Dienst (Art. 151). Der StR lehnte die Degradation zuerst überhaupt ab (StenBull StR 1922, S. 23), schloß sich aber in der Folge dem NatR an (1926, S. 253).

[164] Vgl. StenBull StR 1926, S. 253.

[165] Art. 190 MilStrG.

begangen werden[166]. Zur Ahndung leichter Fälle des Ungehorsams dürfte sie kaum geeignet sein. Für ihre Einführung waren vielmehr die Erfahrungen maßgebend, welche man in der letzten Nachkriegszeit mit dem Vollzug von Notverordnungen gemacht hat[167]. Der Anwendungsbereich der Buße wird sich zur Hauptsache auf Zivilpersonen erstrecken[168], und auch dies wohl nur in bescheidenem Umfange[169].

Die Strafbefugnis beginnt beim Einheitskommandanten (Hauptmann) und wird nach oben entsprechend erweitert[170]. Offiziere, die ein höheres Kommando führen, als ihnen nach ihrem Grade zukommt, haben die ordentlicherweise mit dem Kommando verbundenen Strafbefugnisse[171]. So hat der eine Abteilung führende Hauptmann die Kompetenz des Majors, der Major als stellvertretender Regimentskommandant die Kompetenz des Oberstleutnants. Es kommt in dieser Vorschrift der richtige Gedanke zum Ausdruck, daß die Disziplinargewalt am Kommando und nicht am Grade haftet.

Die obersten Instanzen: der Oberbefehlshaber der Armee, der Generalstabschef und die Kommandanten der Heereseinheiten auf der einen, das EMD und seine Abteilungschefs sowie die zuständigen kanto-

[166] Art. 191 MilStrG.

[167] StenBull StR 1926, S. 253.

[168] Art. 192 I und 182 MilStrG.

[169] Vgl. StenBull StR 1922, S. 20: « Die besondere Behandlung der Zivilpersonen im Disziplinarrecht, die Zulassung von Bußen, ausdrücklich der Geldbußen, ist durch die Verhältnisse geboten. Es muß daran erinnert werden, daß im Falle des Aktiv-Dienstes die Territorialkommandanten, die Platzkommandanten, eine Reihe von Funktionären, die infolge der Generalmobilisation in Funktion treten, gewisse Verfügungen auch gegenüber den Zivilpersonen treffen ... Da ist es notwendig, bei dem sonst der Geldbuße abholden MilStrG eine Konzession zu machen und auch die Buße zuzulassen ».

[170] Nach Art. 197—200 MilStrG können verhängen:

der Hauptmann:	Verweis, einfachen Arrest bis zu fünf Tagen, scharfen Arrest von drei Tagen;
der Major:	Verweis, einfachen Arrest bis zu zehn Tagen, scharfen Arrest bis zu fünf Tagen;
der Oberstleutnant:	Verweis, einfachen und scharfen Arrest bis zu zehn Tagen;
der Oberst:	Verweis, einfachen Arrest bis zu zehn Tagen, scharfen Arrest bis zu fünfzehn Tagen.

Gemäß Art. 175 des MilStrG von 1851 konnten Korporale, Wachtmeister und Fouriere in eigener Kompetenz unter Meldung an den Feldweibel oder diensttuenden Offizier der Kompagnie die sogenannten Corvées (Militärfronen) verhängen, d. h. niedere, eigentlich nicht militärische Dienste im Quartier, Lager oder auf dem Posten, wie Reinigungs-, Putzarbeiten und dergleichen. Nach neuem Recht steht den Militärpersonen der genannten Grade, darüber hinaus aber auch Subalternoffizieren, keine Disziplinargewalt mehr zu.

[171] Art. 202 MilStrG.

nalen Militärbehörden auf der andern Seite, haben die volle Disziplinargewalt. Sie können alle Strafen verhängen[172].

Allen Disziplinarstrafen ist gemeinsam, daß sie nicht in die Strafregister aufgenommen werden[173]. Es wird über sie von jedem Stab und jeder Einheit eine Strafkontrolle geführt[174], die ohne die mit einem Strafregistereintrag verbundenen Folgen zu zeitigen, lediglich der Beurteilung der militärischen Führung des Mannes dient.

§ 15. Die kriminellen und disziplinaren Strafen im Verhältnis zueinander

Wie für das bürgerliche, gilt auch für das militärische Strafverfahren der Grundsatz der res iudicata (ne bis in idem). Mit dem in Rechtskraft erwachsenen Richterspruch ist die Klage nach allen Seiten hin erschöpft und konsumiert. Sie kann daher zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr von neuem Gegenstand strafrechtlicher Verfolgung und Aburteilung sein. Nur unter bestimmten Voraussetzungen kann das außerordentliche Rechtsmittel der Revision ergriffen werden, was die Möglichkeit bietet, im Wege des Wiederaufnahmeverfahrens ein rechtskräftiges richterliches Urteil zu vernichten[175].

Der gleiche Grundsatz des Klageverbrauchs kommt, obschon gesetzlich nicht fixiert, auch in der Disziplinarstrafordnung zur Geltung[176]. Rechtskräftig wird eine Disziplinarstrafe erst mit ihrem Vollzug[177]. Soweit ist die Rechtslage klar. Zweifel könnten nur entstehen, sobald der Bereich der kriminellen Strafe wie derjenige der disziplinaren Strafe nicht mehr isoliert, sondern unter dem Gesichtspunkt ihres wechselseitigen Verhältnisses betrachtet wird. Es handelt sich zur Hauptsache um folgende typische Tatbestände :

a) Ein kriminell zu ahndendes Delikt gelangt zur gerichtlichen Aburteilung. Die Kumulation einer kriminellen mit einer disziplinaren Strafe ist ausgeschlossen. Das Gericht kann — und wird wohl

[172] Art. 201 Ziff. I MilStrG. Eine Einschränkung gilt in bezug auf die Degradation, soweit sie Offiziere betrifft. Hier ist nur das EMD und der Oberbefehlshaber der Armee zuständig (Art. 201 Ziff. 2 MilStrG).

[173] Art. 226 MilStrG.

[174] DR Ziff. 47.

[175] Vgl. Art. 19 der MilStrGerO.

[176] Vgl. hiezu DR Ziff. 41 VI : Wer für einen Fehler bestraft worden ist, kann nicht nochmals dafür bestraft werden.

[177] Dies ergibt sich aus Art. 207 MilStrG, wonach jeder Vorgesetzte des Strafenden die Strafverfügung aufheben oder ändern kann, falls er sie als unzulässig oder unangemessen erachtet. Würde sie mit ihrer Verhängung rechtskräftig, könnte sie nicht Gegenstand solcher Aufhebung oder Änderung sein.

auch — bei der Strafzumessung die disziplinare Seite des Deliktes prüfen, das einmal gefällte Urteil verbraucht die Strafklage abschließend. Ganz scharf kommt dieser Grundsatz im Art. 160 a IV MilStrGerO zum Ausdruck : Hat das Gericht den Angeklagten verurteilt, ihn selbst disziplinarisch bestraft oder ohne Überweisung freigesprochen, so darf wegen der gleichen Tat keine Disziplinarstrafe mehr über ihn verhängt werden.

b) Mit diesem Fall verwandt ist der andere, wo sich der Täter vor Gericht wegen zweier begangener Taten zu verantworten hat, von denen die eine, für sich allein betrachtet, mit einer Disziplinarstrafe geahndet werden müßte. Bei einem solchen Zusammentreffen eines kriminell strafbaren Deliktes mit einem Disziplinarfehler kann keine Gesamtstrafe nach Art. 49 MilStrG ausgesprochen werden. Vielmehr ist der Disziplinarfehler durch das kriminelle Delikt konsumiert zu erachten. Er bildet lediglich ein bei der Zumessung der kriminellen Strafe mit zu berücksichtigendes Moment[178].

c) Es wurde eine Disziplinarstrafe ausgesprochen, die strafbare Tat erweist sich aber nachträglich als ungeeignet zur disziplinarischen Erledigung. Kann gegenüber einem daraufhin eingeleiteten kriminellen Strafverfahren die Einrede der res iudicata erhoben werden?

1. Die Frage ist im verneinenden Sinne zu beantworten, solange die verhängte Disziplinarstrafe noch nicht vollzogen und damit noch nicht rechtskräftig geworden ist[179].

2. Zum gleichen Ergebnis für den Fall einer bereits vollzogenen Disziplinarstrafe kommt das MKG noch unter der Herrschaft des alten MilStrG mit folgender Begründung : « La questione deve essere risolta negativamente. Nessuna disposizione della legge può essere invocata nel senso, che la punizione disciplinare di un determinato fatto esclude il giudizio del tribunale militare. Il principio della cosa giudicata secondo le norme del diritto non può essere invocato per la natura essenzialmente diversa delle misure applicate in via di disciplina e delle pene inflitte dai tribunali militari in seguito a regolare giudizio; il loro fine ed i loro mezzi differiscono essenzialmente dal fine e dai mezzi dell'autorità giudiziaria. » Zweifellos gelte dies für die Fälle, für die das Gesetz ausschließlich kriminelle Strafen androht; Entsprechendes müsse aber auch gelten « per quei fatti, che in base alle legge possono essere puniti in via disciplinare in caso di poca gravità »[180]. Diesen Standpunkt,

[178] MKG I Nr. 51 (2. Juli 1934).

[179] Urteil des MKG vom 11. April 1912 (Z 25, S. 74).

[180] Urteil des MKG vom 5. Juni 1912 (Z 25, S. 202), weiteres Urteil gleichen Datums (Z 25, S. 207), vgl. auch Z 26, S. 187, und 27, S. 394.

daß keine Disziplinarstrafe, sei sie vollzogen oder nicht, die Einrede der res iudicata zu begründen vermag, vertritt das MKG unverändert auch für das neue MilStrG [181]. Der in dieser Praxis vorwaltende Grundgedanke ist, den Disziplinarvorgesetzten die Möglichkeit zu nehmen, daß sie durch die Ausübung ihrer Disziplinargewalt die militärische Gerichtsbarkeit ausschließen könnten. Gedacht ist hierbei nicht gerade an einen bewußten oder absichtlichen Eingriff der Verwaltung in die Justiz. Meistens wird hier der Disziplinarvorgesetzte den wahren Sachverhalt, d. h. das Vorliegen eines kriminell zu ahndenden Deliktes verkennen, wenn er glaubt, die Tat sei disziplinarisch zu bestrafen. In beiden Fällen bleibt dem Täter die Einrede der res iudicata versagt. Es hat nachträglich die militärgerichtliche Aburteilung zu erfolgen. Wird der Täter verurteilt, so büßt er, wenn die Disziplinarstrafe bereits vollzogen ist, den Fehler des Vorgesetzten. Um Härten zu vermeiden, wird wohl das Gericht die Tatsache der Verbüßung einer Disziplinarstrafe bei der Strafzumessung berücksichtigen, etwa durch Anrechnung der erstandenen Strafe auf die verwirkte kriminelle Strafe.

[181] MKG II Nr. 63 (29. Dez. 1939) und Nr. 117 (30. November 1940).